Die Züchtigung fremder Kinder

Ein Versuch der Straffreilassung des Züchtigenden

Inaugural-Dissertation

zur

Erlangung der juristischen Doktorwürde

einer

Hohen Rechts- und Wirtschaftswissenschaftlichen Fakultät

(Rechtswissenschaftliche Abteilung)

der

Eberhard - Karls - Universität

in

Tübingen

Vorgelegt von

Willi Hartmann

Referendar aus Bitterfeld

1931

DRUCK C. SCHULZE & Co. G. M. B. H • GRÄFENHAINICHEN

Berichterstatter: Professor Dr. Schoetensack.

Tag der mündlichen Prüfung: 4. November 1931.

R. UNIV.
BIBLIOTHEEK
LEIDEN

Gedruckt mit Genehmigung der Rechts- und Wirtschaftswissenschaftlichen Fakultät (Rechtswissenschaftliche Abteilung) der Eberhard-Karls-Universität Tübingen.

Inhaltsverzeichnis.

Seite

Einleitung 5

§ 1. Die Problemstellung 5

§ 2. Begriffliche Grundlagen. Zweck und Wesen der Züchtigung . 6

§ 3. Die Interessenlage 9

Hauptteil: I. Die verschiedenen Versuche der Konstruktion der Straffreiheit des Züchtigenden.

§ 4. Tatbestandsverwirklichung und Rechtfertigungsgrund im allgemeinen 13

§ 5. Rechtfertigung der Züchtigung durch vorliegende Notwehr . . 14

§ 6. Rechtfertigung der Züchtigung durch ein bestehendes Gewohnheitsrecht 18

§ 7. Das Züchtigungsrecht als Ausfluß des öffentlichen Rechts . . . 20

§ 8. Die Geschäftsführung ohne Auftrag als Rechtfertigung der Züchtigung 24

§ 9. Ausschluß der Rechtswidrigkeit durch Einwilligung des Verletzten 40

§ 10. Die Züchtigung als Mißbilligung eines vom Recht mißbilligten Verhaltens 48

§ 11. Rechtfertigung der Züchtigung durch das Prinzip des wahren Wohls 49

§ 12. Rechtfertigung der Züchtigung durch das Prinzip des überwiegenden Interesses 53

II. Eigene Stellungnahme.

§ 13. Straffreiheit des Züchtigenden mangels Tatbestandsverwirklichung 58

Schrifttum 68

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41548004_0079

Einleitung.

§ 1. Die Problemstellung.

Der Krieg und die Wirren der Nachkriegszeit und nicht zuletzt auch heute die steigende Arbeitslosigkeit haben dazu geführt, daß die erwachsende Jugend mehr und mehr dem Elternhaus fernbleibt, in dem sie Erziehung empfangen sollte. Die Folge dieser stetig im Schwinden begriffenen erzieherischen Beaufsichtigung durch das Elternhaus ist zunehmende Sittenverwilderung und wachsende Neigung zum Rechtsbruch, die in der gar oft zu beobachtenden Unmoral Erwachsener Beispiel und damit Trieb zur Nachahmung in dem empfänglichen Seelenleben der Jugendlichen finden. Die heutige Zeit steht im Zeichen wachsender Zuchtlosigkeit und Kriminalität Jugendlicher[1]).

Die Familie ist nicht stark genug, diesem Treiben in dieser bedauerlichen Zeitströmung Einhalt zu tun, manchmal fehlt ihr auch die nötige ethische Grundlage, die sie zum Eingreifen führen könnte. So sieht sich denn heute mehr denn je ein Fremder jugendlicher Ungezogenheit und Ungebühr gegenübergestellt. Und nun erhebt sich die Frage, soll dieser Dritte selbst gegen den Jugendlichen einschreiten oder soll er solche ungezogenen Kinder dem Strafrichter überantworten.

Die meisten Fälle jugendlicher Flegeleien bieten ob ihrer Geringfügigkeit keinen genügenden Grund, um zu einer staatlichen Strafe zu kommen. Daneben ist zu beachten, daß seit dem Jugendgerichtsgesetz vom 16. Februar 1923 eine gerichtliche Ahndung von Vergehen von Kindern unter 14 Jahren außer Frage steht.

Diese Tatsachen sind im allgemeinen im Volke — wenigstens intuitiv — bekannt, und so kommt es dahin, daß der Dritte selbst gegen die die Öffentlichkeit störenden Flegeleien einschreitet und dem jugendlichen Übeltäter eine entsprechende Tracht Prügel zukommen läßt, in der Überzeugung, dem Jungen selbst einen erzieherischen Dienst, den Eltern eine Erziehungshilfe und der Allgemeinheit im Interesse einer gewahrten Disziplin einen Dienst erwiesen zu haben.

Aber in manchen Fällen weit gefehlt! Statt des vermuteten Dankes teilhaftig zu werden, hat er sich auf einen Strafantrag des entrüsteten Vaters hin vor dem Strafrichter wegen Körperverletzung zu verantworten.

Und hier hebt sich das aufgezeigte Problem über seine akademische Bedeutung hinaus; die Frage wird brennend, ob ein solches Eingreifen des Dritten zur Abwehr von Ungezogenheiten nach unserer geltenden

[1]) Vgl. Liszt, Der Krieg und die Kriminalität der Jugendlichen Z. 37, 496ff.; Hellwig 1916, Der Krieg und die Kriminalität der Jugendlichen und die verschiedensten Aufsätze und Mitteilungen in Tageszeitungen und jurist. und pädag. Zeitschriften.

Rechtsordnung zu rechtfertigen oder ob der Züchtigende der staatlichen Strafe verfallen ist. Ist unsere Rechtsordnung wirklich so arm, daß Hedemann[1]) ausrufen muß: „Die Bürgerpflicht hat ihn geleitet, doch das Recht läßt ihn im Stich." „Hilf und blute."

Vorliegende Arbeit will versuchen, einen Beitrag zur Klärung dieser umstrittenen Materie zu liefern.

§ 2. Begriffliche Grundlagen. Zweck und Wesen der Züchtigung.

Umfang und Bedeutung der Begriffe Züchtigung und Züchtigungsrecht werden in der Literatur verschieden bewertet. Es ist daher zunächst eine begriffliche Klarstellung zu geben, womit zugleich die Grenzen der Aufgabe der Arbeit klarer aufgezeigt werden können.

Hier ist zunächst der Auffassung Schaeffers, Koellners, Brinkmanns und J. Kaufmanns[2]) entgegenzutreten, wonach unter Züchtigungsrecht „ganz allgemein das Recht zu verstehen wäre, Mittel (das sind Züchtigungen) anzuwenden, die dazu bestimmt sind, die in gewissen Lebensgemeinschaften bestehende Ordnung (das ist Zucht) aufrechtzuerhalten". Mit Recht ist darauf hingewiesen worden, daß die Meinung fehlerhaft sei, „Mittel zur Aufrechterhaltung der Zucht und Ordnung" Züchtigungen gleich zu setzen. Mittel zur Aufrechterhaltung der Zucht — Zuchtmittel — sind gegenüber Züchtigungen der weitere Begriff. So faßt der Sprachgebrauch des täglichen Lebens die Begriffe auf. Er identifiziert das Wort „Züchtigung" mit „körperlicher Züchtigung". Gezüchtigt wird jemand, auf dessen körperliche Integrität physisch eingewirkt wird. Dagegen erfaßt man unter Zuchtmittel oder Erziehungsmittel ganz allgemein irgendwelche Mittel, die dazu angetan sind, die Ordnung in gewissen Lebensverhältnissen oder Lebensgemeinschaften au rechtzuerhalten. Hierher gehören Worte und Handlungen, bejahenden wie verneinenden Inhalts: Lob, gutes Beispiel, Gewährung von Annehmlichkeiten, Ermahnung, Tadel, Beschränkung oder gar Entziehung von Nahrung, Freiheit oder Vergnügen und Schläge. So jedenfalls der Sprachgebrauch des täglichen Lebens, den allerdings Brinkmann[3]) mit der Bemerkung, „er sei profan", abtun will.

Wenn auch die Ausdruckweise des Volkes letzten Endes nicht ausschließlich maßgebend ist für die Abgrenzung juristischer Fragen und Begriffe, die im Gegensatz zu jener Umgangssprache eine zweck- und sinngemäße Formulierung verlangen, so liegt doch hier kein Grund vor für den Juristen, von jener klaren Scheidung abzugehen, die das Volksempfinden bereits getroffen hat. Als ob es gerade mit in der Aufgabe des Juristen läge, für seine Begriffe andere Abgrenzungen vorzunehmen als der Sprachgebrauch des täglichen Lebens und sich unbedingt mit dem Volksgebrauch in Widerspruch zu setzen[4]).

[1]) Moderne Bürgerpflichten, S. 20 und S. 17.
[2]) Schaeffer, S. 4; Koellner, S. 10; Brinkmann, S. 43; J. Kaufmann, S. 15.
[3]) S. 43.
[4]) Der gleichen Ansicht sind Hubrich, S. 161; Bosse, S. 3; Donner, S. 19; Esch, S. 4 gegen J. Kaufmann, S. 15, Finger, S. 61.

Zur Bekräftigung unserer Ansicht läßt sich die Ausdrucksweise aller sich mit dieser Materie befassenden gerichtlichen Entscheidungen anführen. Dort wird stets unter Züchtigung eine Einwirkung auf den Körper des Betreffenden verstanden und eine Ausdehnung des Ausdrucks Züchtigung auf andere Mittel zur Aufrechterhaltung einer geordneten Lebensregelung sorgsam vermieden.

Desgleichen verhält es sich mit der Sprachweise der einschlägigen gesetzlichen Bestimmungen[1]) und namentlich den zahlreichen die Schulzucht betreffenden Verordnungen und Dienstanweisungen der einzelnen Länder. In diesen werden neben körperlicher Züchtigung andere Zuchtmittel wie Tadel, Verweis, Zurückbehalten und Nachsitzenlassen in der Schule erwähnt[2]).

Schaeffer[3]) will dem Sprachgebrauch entgegenkommen und spricht einer Einteilung zwischen körperlicher und psychischer Züchtigung das Wort. Der Wert einer derartigen Unterscheidung ist aber nicht einzusehen; abgesehen davon, daß eine körperliche Züchtigung stets eine solche psychischer Art zur Folge haben wird (Erweckung von Schamgefühl oder Reue).

Schließlich sei noch erwähnt, daß Finger[4]) an anderer Stelle unserer Auffassung näherkommt, indem er die Zuchtgewalt definiert als das Recht, gewisse Zwangsmittel zu setzen.

Zusammenfassend ist festzustellen, daß vorliegende Arbeit dem Sprachgebrauch folgend unter Züchtigung ein Mittel der Erziehung durch körperliche Einwirkung auf den zu Erziehenden erfaßt. Daneben bestehen noch andere Erziehungs- oder Zuchtmittel. Die Frage, ob ein Recht besteht, als Erziehungsmittel Tadelsworte, Drohungen oder Freiheitsentziehungen jugendlicher Ungebühr gegenüber zu gebrauchen, liegt folglich nicht innerhalb des Rahmens dieser Arbeit.

Eine präzise Bestimmung der Begriffe „Kind" und „Erwachsener" zu geben ist nicht möglich. Die Grenzlinie zwischen dem Erwachsensein und der Kindheit wird stets flüssig bleiben. Es kommt im Einzelfall auf die geistige und noch mehr auf die moralische und ethische Entwicklung des einzelnen Individuums an[5]). Es ist ratsam, statt des Ausdrucks „Kind" die inhaltsvollere Bezeichnung „Unerwachsener" zu wählen.

Unter „fremd" versteht vorliegende Arbeit solche Unerwachsene, die weder leibliche Abkömmlinge des Züchtigenden sind, noch zu ihm in einem Erziehungs- oder Gewaltverhältnis stehen, kraft dessen er zur Züchtigung berechtigt ist[6]).

Der Zweck der Züchtigung ist Erziehung. Der Mensch soll von klein auf zur Beobachtung der in gewissen Lebensgemeinschaften bestehenden Ordnung — der guten Zucht — angehalten werden; er soll zum Guten und Edlen, zum Gehorsam und Pflichtbewußtsein herangebildet werden,

[1]) Z. B. § 1631 BGB.
[2]) Müller, Lehrer und Strafgesetz, 1906, S. 132—146.
[3]) S. 9.
[4]) S. 61.
[5]) Vgl. richtig Esch, S. 5.
[6]) Volz, S. 340.

zu einem nützlichen Glied der menschlichen Gesellschaft. „Sittliche Grundsätze und Anschauungen sind dem Menschen weder angeboren, noch gelangen sie mit dessen Entwicklung zur Entstehung. Sie müssen dem Menschen anerzogen werden, aus seiner Umgebung muß er sie schöpfen, in sich selbst findet er sie nicht“[1]). Die in dem jungen Menschen schlummernden schlimmen Neigungen sollen beizeiten bekämpft werden; den Zögling auf die rechte Bahn führen und dort weiterleiten, ist Aufgabe der Erziehung. Damit dieses Ziel erreicht wird, ist es notwendig, daß den zur Erziehung Berufenen äußere Mittel an die Hand gegeben werden, die geeigent sind, auf den Willen des Zöglings einzuwirken.

Aus diesem Erziehungszweck folgt weiter, daß die Züchtigung angemessen, nicht schädlich oder gar gesundheitsgefährlich sein darf. Eine Züchtigungshandlung, die sich als ein Akt brutaler und niederer Gesinnung erweist, sich darstellt als Deckmantel für die Befriedigung persönlicher Rache, augenblicklichen Zorns oder sonstiger unsittlicher Gelüste, ist keine Züchtigung im Rechtssinne und erfordert schärfste Verurteilung.

Das Wesen der Züchtigung besteht darin, daß gewisse Maßnahmen vorgenommen werden, die Eingriffe in die Rechtssphäre des Kindes darstellen. Das Recht auf körperliche Integrität, das dem Kinde gemäß § 223 StGB und § 823 BGB gewährleistet ist, wird im Interesse einer guten Erziehung eingeengt[2])[3]).

Die Züchtigung zeigt sich als Folge eines vom Erziehungsbedürftigen begangenen Fehltritts und wird verhängt zum Zwecke der Verhütung weiterer Ungezogenheiten. Das Kind soll vor Rückfall bewahrt und so gebessert werden. Die Züchtigung wirkt so ähnlich wie die staatliche Strafe, ist aber niemals Strafe im Rechtssinne. In ihrem Anlaß und in ihrem Zweck unterscheiden sich beide erheblich. Die geübte Züchtigung setzt lediglich pflichtwidriges Verhalten, kein eigentliches Verschulden voraus. Es wird gegen das Kind unbeachtet seiner Strafmündigkeit eingeschritten. Während die staatliche Strafe als Sühne und Vergeltung für eine bereits geschehene Störung der Rechtsordnung wohl auch sekundär als Besserung eintritt[4]), ist die züchtigende Strafe als Hilfsmittel der Erziehung weitaus in der Hauptsache auf die Zukunft gerichtet. Sie soll weniger vergelten als bessern.

J. Kaufmann[5]) ist anderer Ansicht; er sieht das Züchtigungsrecht als eine Art Strafrecht für causae minores der Kinder an, das an den Züchtigungsberechtigten als Richter und Vollstreckungsbeamter in

---

[1]) Finger, S. 61/62.

[2]) Zustimmend: J. Kaufmann, S. 16; Donner, S. 22; Bosse, S. 2.

[3]) Daß auch das Kind wie jeder Erwachsene Träger von Persönlichkeitsrechten ist, ist heute unbestritten. Es hat den vollen Anspruch auf Schutz aller seiner Rechtsgüter und Lebensinteressen, der Ehre, Freiheit und Gesundheit. Die Ansicht, die dem Kinde bis zu einem gewissen Alter alle Rechte und Rechtsgüter abspricht, würde sich mit § 1 BGB in Widerspruch setzen und wäre daher abzulehnen.

[4]) In diesem Zusammenhang braucht nichts Näheres über den Zweck der Strafe angeführt werden (Vergeltung—Sicherung—Besserung).

[5]) S. 17, auch Kuhlemann, Z. 11, 340ff.

einer Person delegiert ist. Diese Meinung kann keineswegs befriedigen und wird auch heute überwiegend abgelehnt. So Geider[1]): „Es ist nochmals darauf hinzuweisen, daß das Erziehungsinteresse die Hauptsache ist." Ebenso sei Finger erwähnt[2]), der treffend den Unterschied zu dem Wesen der obrigkeitlichen Strafgewalt des Staates ausdrückt; „der Erzieher soll dem Zögling nicht vornehmlich als derjenige erscheinen, der ihm gegenüber seinen Willen durchzusetzen vermag, er soll dem Zögling gegenüber aus seinem Willen keine Machtfrage machen".

§ 3. Die Interessenlage.

Die Beurteilung des aufgezeigten Problems wird — abgesehen von der Tatsache, daß auch nicht die geringsten gesetzlichen Bestimmungen darüber bestehen — dadurch erschwert, daß mannigfache Interessen in Frage stehen, die bald zur Bestrafung des Züchtigenden drängen, bald Straflosigkeit erheischen. Aber auch gerade diese Interessenlage ist es, die einen Fingerzeig für die richtige Entscheidung gibt. Es erscheint daher vor dem Eingehen auf die verschiedenen gemachten Konstruktionsversuche unerläßlich, einen Überblick über die Interessenlage zu geben.

Ein solches Unternehmen könnte zwar leicht den Vorwurf erfahren, dem Freirecht Vorschub zu leisten, allein von Billigkeitserwägungen auszugehen und sich über das positive Recht hinwegzusetzen. Doch ein derartiger Einwand bestände zu Unrecht, es soll nicht aus Billigkeitserwägungen heraus das positive Recht in den Hintergrund gerückt werden, sondern es soll aus der Interessenlage heraus unter Hinzuziehung der Billigkeit versucht werden, einer Materie, die von dem gesatzten Recht übergangen worden ist, näherzukommen. Es soll versucht werden, unter Heranziehung der in der bestehenden Rechtsordnung zum Ausdruck gekommenen Grundgedanken eine der Rechtsordnung entsprechende Lösung der Frage zu finden. Nicht gegen die Rechtsordnung sondern mit der Rechtsordnung soll eine befriedigende Lösung versucht werden. Die in Frage stehenden Interessen lassen sich am klarsten in drei Gruppen eingliedern[3]).

I. Das Körperinteresse des Kindes.

Wie jeder Erwachsene hat auch das Kind Anspruch auf Respektierung seiner Körperintegrität. Jede Züchtigung ruft eine Störung des körperlichen Wohlbefindens hervor[4]). Dieser Anspruch hat in § 223 StGB seinen Ausdruck gefunden; es ist heute unbestritten, daß die Schutzvorschriften des zweiten Teils des 17. Abschnitts des StGB auch für das Kind gelten. Wie jeder Erwachsene ist auch das Kind Träger von Persönlichkeitsrechten (vgl. auch § 1 BGB und S. 8 Anm. 3).

Dieses Interesse an körperlicher Integrität würde auf eine Bestrafung des Züchtigenden drängen.

[1]) Geider, S. 39; Hegler, Z. 36, 42 Anm. 59; Hubrich, S. 164.
[2]) S. 85.
[3]) Vgl. Voltz, S. 343; Geider geht von einer anderen Einteilung aus, S. 19.
[4]) Ein tieferes Eingehen auf diese Frage findet sich S. 58ff.

II. Das Disziplininteresse.

Ein berechtigter Wunsch auf Wahrung von Disziplin, Zucht und Ordnung kommt überall da zum Ausdruck, wo es gilt, in besonderen Personenverbänden ein geordnetes Zusammenleben der einzelnen Verbandsangehörigen zu gewährleisten. Das ist der Fall besonders in der Familie und in der Schule. Entsprechend besitzen auch die zur Wahrung dieses Interesses berufenen Organe — Eltern und Lehrer — die zum Einschreiten nötigen Befugnisse. Doch steht die Aufrechterhaltung der Zucht und Ordnung in Haus und Schule in diesem Zusammenhang außer Frage. Aber wie im kleinen in Haus und Schule, so verhält es sich im großen im Staat. Der Staat, die Volksgesamtheit, hat ein größtes Interesse an der Erhaltung und Durchführung von Zucht und Ordnung. Zu diesem Zwecke ist als staatliche Einrichtung die Polizei geschaffen. Während in den ersteren Fällen ein Einschreiten Fremder aus tatsächlichen Gründen als ausgeschlossen erscheint, sieht sich ein Fremder — leider allzu häufig — einer sich zuchtlos benehmenden Jugend gegenüber und hat Anlaß zum Vorgehen gegen die die Öffentlichkeit störenden Flegeleien. Dieses Interesse spricht für Straffreiheit des Züchtigenden.

III. Das Erziehungsinteresse.

Das dritte in Betracht stehende Interesse ist dasjenige an der Erziehung. Es verteilt sich auf drei Interessenträger. Zunächst einmal das Kind.

Das Kind hat unbestreitbar ein Interesse an sich selbst, zu einem ordentlichen und pflichtbewußten Staatsbürger erzogen, zu einem zum Lebenskampf tauglichen Menschen gemacht zu werden. Es besteht ein privatrechtlicher Anspruch auf Erziehung seitens des Kindes gegenüber den Eltern, in den familienrechtlichen Vorschriften des BGB verankert, und ferner ein öffentlich-rechtlicher Anspruch gegenüber dem Staat, der im Jugendwohlfahrtgesetz vom 1. April 1924 Ausdruck gefunden hat.

Die Mittel der Erziehung sind mannigfaltige: Unterricht, Belehrung, Drohung, Verweis, auch körperliche Züchtigung, Einschränkung von Nahrung, Freiheit und Vergnügen. In neuester Zeit mehren sich die Stimmen derer, die der körperlichen Züchtigung überhaupt die Eignung als Erziehungsmittel aberkennen; „die Züchtigung sei eine Entwürdigung des Kindes und gleichzeitig eine Verletzung des kindlichen Ehrgefühls und eine Schädigung der kindlichen Selbstachtung[1])". Schon Walter von der Vogelweide[2]) und Luther[3]) machen auf Bedenken der körper-

[1]) Voltz, S. 347, vgl. dort den Stand der Erziehungswissenschaft über diese Frage, S. 345ff.

[2]) Vgl. die bei Geider, S. 11, zitierten Verse:

„Nieman kann mit gerten
kindes zuht beherten;
den man z'êren bringen mag,
dem ist ein wort als ein slac."

[3]) Vgl. die bei J. Kaufmann, S. 4, zitierten Sätze: „Viel ungeschickte Schulmeister verderben mit ihrem Poltern, Stürmen, Streichen und Schlagen feine Ingenia, wenn sie mit den Kindern anders nicht, als ein Henker und Stockmeister mit dem Dieb, umgehen."

lichen Züchtigung als Erziehungsmittel aufmerksam, und es ist zuzugeben, daß unter Umständen feine Besonderheiten der kindlichen Entwicklung und des kindlichen Gemüts keine gehörige Beachtung finden können. Die Züchtigung ist in vielen Fällen ein bequemes und oberflächliches Mittel wenig verantwortungsvoller Erzieher. Ein Idealmittel stellt sie gewiß nicht dar, aber andererseits wird sie als ultima ratio in gewissen Fällen immer unentbehrlich bleiben. Einer gänzlichen Verpönung der körperlichen Züchtigung kann nicht das Wort geredet werden. Wir befinden uns hierin in Übereinstimmung mit der allgemeinen Volksmeinung[1]). Für eine Auseinandersetzung mit den den pädagogisch erzieherischen Wert einer Züchtigung erforschenden Ansichten ist im Rahmen dieser Arbeit kein Raum. Tatsache ist jedenfalls, daß in den häufigsten Fällen die einer Unart auf dem Fuße folgende körperliche Züchtigung auf eine sich zuchtlos benehmende Jugend eine heilsame Wirkung ausübt.

Das Erziehungsinteresse des Kindes an sich selbst spricht ebenfalls gegen eine Bestrafung.

Auch die Allgemeinheit kommt als Träger des Erziehungsinteresses in Betracht. Der Staat hat ein großes Interesse an der Erziehung der heranwachsenden Generation zu pflichtbewußten Staatsbürgern. Die Jugend bedeutet die Zukunft des Volkes. Dieses Interesse kommt zum Ausdruck in dem bestehenden Schulzwang. Es sei ferner auf Art. 120 RV hingewiesen, wonach die Erziehung des heranwachsenden Geschlechtes zwar oberstes Recht und Pflicht der Eltern ist, die Allgemeinheit aber über die Ausübung dieser elterlichen Betätigung wacht. Gewöhnlich erschöpft sich das Erziehungsinteresse in der Überwachung der Erziehungspflicht der Erstberufenen, kann sich aber dahin steigern, daß der Staat durch seine Organe selbst die Erziehung in die Hände nimmt. Es sei hier an das Jugendamt, an die Schutzaufsicht und die Fürsorgeerziehung erinnert. Auch die einschlägigen Bestimmungen des 4. Buches des BGB gehören hierher.

Dieses Interesse des Staates an der Erziehung gebietet gleichfalls Straffreiheit für den Züchtigenden.

Es sei allerdings hervorgehoben, daß das Erziehungsinteresse des Kindes an sich selbst und dasjenige der Allgemeinheit nicht besonders schlagkräftig sind, da doch immerhin Bedenken gegen den Wert der seitens mit der seelischen Eigenart des Kindes nicht vertrauten Personen ausgeübten Züchtigung bestehen.

Schließlich haben noch die Eltern ein Interesse an geregelter Erziehung ihrer Nachkommenschaft. Auch wiederum ein Gesichtspunkt, der sich gegen eine Bestrafung anführen läßt. Andererseits ist nicht zu verkennen, daß den Eltern auch daran gelegen ist, daß sich nicht

[1]) Vgl. Heimberger, I, S. 389; J. Kaufmann, S. 14; Entscheidung des OLG. Dresden vom 27. 2. 1902 in Annalen, Bd. 23, S. 204: „Die Erfahrung des täglichen Lebens lehrt, daß eine angemessene körperliche Züchtigung unentbehrlich und unter Umständen das wirksamste Mittel ist.“ Entscheidung des OLG. Jena vom 4. 12. 1912 in GA., Bd. 60, S. 499: „Einige Stockschläge auf handhafter Tat gelten immer noch als gutes Mittel, zwölfjährigen Jungen Gelüste zu Diebereien und Sachbeschädigungen auszutreiben.“

jeder beliebige Besserwisser und Weltverbesserer mit seiner Erziehungsmethode in ihr Erziehungswerk einmischt[1]).

In der Literatur wird dieses Interesse der Eltern meistens mit einem Erziehungsmonopol identifiziert[2]). Es ist jedoch fraglich, ob von einem Erziehungsmonopol bei der Lage der heutigen Rechtsordnung gesprochen werden kann. Gewiß sind die Eltern in erster Linie zur Erziehung berufen, aber über die Ausübung ihres Erziehungsrechts und ihrer Erziehungspflicht wacht der Staat[3]). Es ist ferner zu beachten, daß den Eltern das Erziehungsrecht nicht nur um ihrer selbst willen gegeben ist, sondern zugleich auch im Interesse ihrer Kinder und der Allgemeinheit. Immerhin ist auch dieses Elterninteresse geeignet, die Bestrafung des Züchtigenden mit zu unterstützen.

Bei einer kritischen Würdigung der Interessenlage ergibt sich, daß die größere Zahl der in Betracht stehenden Interessen für Straffreiheit des Züchtigenden spricht. Dieses Bild entspricht der Volksanschauung. Auch in der Wissenschaft und Praxis ist man sich über das Ergebnis im klaren, nur der Weg, auf dem man zur Straffreiheit gelangt, ist heute noch sehr kontrovers.

Im folgenden sollen die bekannten Konstruktionen auf ihre Begründetheit und Brauchbarkeit geprüft werden. Die vorliegende Arbeit hat sich zur Aufgabe gestellt, einen für alle, gleich wie gearteten, Fälle gangbaren, die Interessenlage befriedigenden Weg zu finden.

[1]) Vgl. Kipp, S. 314; Klein Seuff. Bl. 78, 207. OLG. Kiel v. 27. 6. 1925 in JW. 1925, 2159. OLG. Stuttgart v. 8. 11. 1922, Z. 44, 490.

[2]) Eckstein, S. 259, 284; Heimberger II, S. 79; OLG. Jena v. 4. 12. 1912 in GA. 60, 500; E. Kaufmann, S. 19.

[3]) § 1666 BGB und §§ 7, 10 Jugendwohlfahrtsges.

Hauptteil.

I. Die verschiedenen Konstruktionsversuche der Straffreiheit des Züchtigenden.

§ 4. Tatbestandsverwirklichung und Rechtfertigungsgrund im allgemeinen.

§ 223 StGB lautet: Wer vorsätzlich einen anderen körperlich mißhandelt oder an der Gesundheit beschädigt, wird wegen Körperverletzung mit Gefängnis bis zu 3 Jahren oder mit Geldstrafe bis zu 1000 M. bestraft.

Die gegenwärtig herrschende Meinung sieht die Tatbestandsbeschreibung durch eine Züchtigungshandlung verwirklicht an. „Eine Züchtigung ruft die Erscheinung einer Körperverletzung hervor; sie erregt Schmerzen, Mißbehagen, stört mehr oder weniger das körperliche Wohlbefinden[1]).“

Eine Auseinandersetzung mit dieser allgemeinen Meinung folgt S. 58f. Die Annahme der Tatbestandsverwirklichung sei hier zunächst als richtig hingenommen, da sie die Grundlage für die verschiedensten, in der Doktrin und Praxis gemachten Konstruktionsversuche der Straffreiheit des Züchtigenden abgibt.

Es handelt sich im ferneren um eine Klarstellung des Verhältnisses zwischen Tatbestandsverwirklichung und Rechtfertigungsgrund.

Die gesetzliche Folge der Erfüllung der Tatbestandsbeschreibung — die Strafe — tritt immer nur dann ein, wenn die gesetzlichen Tatumstände in gesetzwidriger Weise erfüllt worden sind. Die Handlung muß rechtswidrig vorgenommen worden sein. Fällt eine Handlung unter einen strafrechtlichen Tatbestand, so ist ihre Rechtswidrigkeit zu vermuten, die Aufstellung des Tatbestandes durch den Gesetzgeber bedeutet eine durch Strafandrohung stark unterstrichene Rechtswidrigkeitserklärung[2]). Aber damit ist lediglich die Rechtswidrigkeit indiziert, festgestellt ist sie damit noch nicht. Der Gesetzgeber ist bei der Aufstellung der Tatbestände „generalisierend und schematisierend“[3]) vorgegangen; er hat einen Rahmen geschaffen, unter den möglichst viele ähnlich gelagerte Fälle passen, „da es unmöglich erscheint, den Umkreis der von einem Verbot getroffenen Handlungen von vornherein genau

[1]) E. Kaufmann, S. 12; Geider, S. 18; Voltz, S. 341; Hubrich, S. 164; RG. 5, 197.

[2]) Liszt, S. 176.

[3]) Sauer, S. 307.

und richtig abzustecken“[1]). Es kann aber sein, daß einer Handlung Besonderheiten anhaften, die vom Gesetzgeber bei der Aufstellung der Unrechtstypen nicht miterfaßt worden sind, und die im Gegensatz zu den gleichzeitig verwirklichten allgemeinen Tatumständen das Handeln mit Rücksicht auf einen in einem besonderen Rechtssatz aufgestellten Rechtfertigungsgrund als berechtigt erkennen lassen[2]). Diese besonderen Umstände sind die sogenannten Unrechtsausschließungsgründe oder auch Rechtfertigungsgründe genannt. Hierin liegt ein Mittel, um der konkreten, jede Individualität berücksichtigenden Gerechtigkeit, die durch die Aufstellung der Unrechtstypen arg beeinträchtigt worden ist, zum Siege zu verhelfen. Die Unrechtsausschließungsgründe sind nicht zusammengefaßt; maßgebend für ihre Annahme ist die gesamte Rechtsordnung. Das Verhältnis von Tatbestand und Rechtfertigungsgrund ist dahin zu kennzeichnen, daß die verbietende Norm des Strafgesetzes als primäre hinter den sekundären erlaubenden Rechtssatz des Unrechtsausschließungsgrundes zurücktritt. Der erlaubende Rechtssatz muß dem verbietenden vorgehen, denn das Recht kann nicht an einer Stelle eine Handlung erlauben, ihre Vornahme als Ausübung eines Rechts anerkennen oder gar als Pflichterfüllung fordern und an anderer Stelle als rechtswidrig erklären. Das hieße: mit einer Hand geben und mit der anderen Hand nehmen[3]).

Ist also festgestellt, daß eine Handlung die gesetzlichen Tatbestandsmerkmale erfüllt, so ist, bevor sie endgültig für rechtswidrig und strafbar erklärt wird, festzustellen, ob nicht besondere Umstände — Rechtfertigungsgründe — eingreifen. So hat man denn auch in der Wissenschaft und Praxis die verschiedensten Untersuchungen angestellt, um einer tatbestandsmäßigen Züchtigung die Rechtswidrigkeit zu nehmen, und damit den Züchtigenden vor der staatlichen Strafandrohung gegen die Körperverletzung zu bewahren.

§ 5. Rechtfertigung der Züchtigung durch vorliegende Notwehr.

Es finden sich — namentlich in der älteren Literatur — Ansichten, den Züchtigenden aus dem Gesichtspunkt der Notwehr oder Nothilfe heraus zu rechtfertigen, ohne ein selbständiges, allgemeines Züchtigungsrecht zu begründen, wobei im Endergebnis, praktisch geschen, doch ein allgemeines Züchtigungsrecht Dritter bestünde. So führt denn auch Brinkmann[4]) tatsächlich aus, auf den Fall der Notwehr eingehend, daß „Literatur und Volksmund sehr häufig von einem abgeleiteten Züchtigungsrecht, geübt von fremden Drittpersonen, sprechen“. In der Tat werden nicht selten auch solche Handlungen Kindern gegenüber als Züchtigungshandlungen angesehen, die lediglich die Abwehr von Belästigungen oder rechtswidrigen Angriffen seitens derselben bezwecken.

[1]) Ahrens, S. 3. [2]) Liszt, S. 176.
[3]) Hegler, S. 35, Anm. 31 am Ende; J. Kaufmann, S. 31; E. Kaufmann, S. 13; Geider, S. 25.
[4]) S. 39.

In der Tat kann man mit Recht an das Vorliegen von Notwehr denken, wenn der Züchtigende selbst oder ein anderer durch einen rechtswidrigen Angriff des Kindes getroffen wird, um ihn, wenn er seiner Unlust über die Flegelei durch eine Züchtigung Ausdruck gegeben hat, vor Strafe zu bewahren. So liegen denn auch Entscheidungen vor, die diesen Weg eingeschlagen haben[1]).

Die gleichen Gedankengänge finden sich im Schrifttum. Überall wird die Möglichkeit der Straffreilassung Dritter, die flegelhafte Unerwachsene gezüchtet haben, unter Hinweis auf die gegebene Notwehr bejaht[2]).

Es ist zu prüfen, ob diese Anschauungen unserem geltenden Recht entsprechen.

Der § 53 StGB betr. die Notwehr lautet: Eine strafbare Handlung ist nicht vorhanden, wenn die Handlung durch Notwehr geboten war. Notwehr ist diejenige Verteidigung, welche erforderlich ist, um einen gegenwärtigen rechtswidrigen Angriff von sich oder einem andern abzuwenden. — Vorweg mag festgestellt sein, daß das StGB unter dem farblosen „eine strafbare Handlung ist nicht vorhanden" die Rechtfertigung der Handlung zum Ausdruck bringen will. Die Notwehrhandlung ist rechtmäßig, das Recht darf sich gegen das Unrecht behaupten. Das ist heute unbestritten[3]).

Die Voraussetzungen für die Rechtmäßigkeit einer solchen Handlung

[1]) Obertribunal Berlin v. 27. 11. 1874 in GA. 22, 614. „Dagegen würde es nicht unstatthaft gewesen sein, zu befinden, ob nicht etwa der Fall der Notwehr im Sinne von § 53 StGB vorgelegen, und ob der Verklagte nicht imstande gewesen, den rechtswidrigen etwaigen Angriff des fünfjährigen Knaben mit anderer als der stattgehabten Weise von sich abzuwenden."

Obertribunal Berlin v. 18. 10. 1878 in GA. 26, 519: „Wenn bei dieser Sachlage der Appellationsrichter weiter erklärt, daß der Verklagte dem Sohn des Klägers die Ohrfeige zu dem Zweck versetzt hat, dem gefährlichen Unfuge . . . zu steuern und indem er daneben — offenbar lediglich mit Rücksicht auf das Maß der Tätlichkeiten — die Ohrfeige eine wohl angebrachte Züchtigung nennt, zum Ausdruck gebracht, daß der Verklagte die zur Abwendung eines gegenwärtigen rechtwidrigen Angriffs erforderliche Verteidigung geübt hat, und daher der Fall der Notwehr nach § 53 StGB tatsächlich vorliegt.

OLG. Kolmar v. 2. 5. 1905 in Warn. Jahrb. 1907, S. 57: „Zur Züchtigung eines fremden Kindes ist nur berechtigt, wer hierbei . . . sich in Notwehr befindet."

OLG. Kiel v. 6. 6. 1914 in Schlesw. Holst. Anz. Bd. 78, 227: „Notwehrhandlung enthält die Züchtigung eines fremden Kindes . . ."

OLG. Dresden v. 17. 12. 1884 in Annalen Bd. 6, S. 408, vom 27. 2. 1902 in Annalen 23, S. 206/07, v. 12. 4. 1882 in Annalen Bd. 5, S. 29.

Ebenso hat das RG. Entsch. v. 3. 4. 1914 die Möglichkeit der Rechtfertigung einer Züchtigungshandlung aus dem Gesichtspunkt der Notwehr heraus bejaht. — Warn. Jahrb. 1915, S. 29. „Denkbar ist insbesondere, daß sich der Angeklagte in berechtigter Abwehr gegen die Drohungen und Beleidigungen des Knaben befand oder doch sich zu befinden glaubte und sich auf andere Weise als durch tätlichen Eingriff nicht zu helfen wußte."

Neustens KG. v. 21. 1. 1931 in HRR 31, S. 800.

[2]) Fischer, S. 264; v. Bar, S. 96, Anm. 52; Rotering, S. 49; Kulemann, S. 330; Hubrich, S. 220; Geiger, S. 7; Donner, S. 62; J. Kaufmann, S. 95.

[3]) LzK. § 53, 1; Frank, § 53 III mit Literaturnachweisen; vgl. auch § 227 BGB, in dem die Rechtmäßigkeit der Notwehrhandlung ausdrücklich dargetan ist.

sind einmal, daß sie sich gegen einen rechtswidrigen gegenwärtigen Angriff richtet und zum zweiten, daß sie sich als Verteidigungsmaßnahme in den Grenzen des unbedingt Notwendigen hält. Wird durch die Ungebührlichkeit eines Unerwachsenen ein wehrhaftes Rechtsgut gegenwärtig gefährdet[1]), so kann kein guter Zweifel an der Erfüllung des ersten Erfordernisses sein. Nicht etwa steht das jugendliche Alter des Angreifenden der Bejahung entgegen. Denn wenn auch in § 53 als Voraussetzung für die Ausübung der Notwehr die Rechtswidrigkeit des Angriffs gegeben sein muß, so sollte jedoch vom Gesetzgeber nicht damit zum Ausdruck gebracht werden, daß das Subjekt des Angriffs fähig sein muß, rechtswidrig zu handeln und folglich nur ein zurechnungsfähiger Mensch sein kann, sondern es soll damit festgelegt werden, daß der Angriff objektiv rechtswidrig, sein Ziel ein wehrhaftes Rechtsgut sein muß[2]).

Weniger eindeutig kann dagegen sein, ob die ausgeteilten Prügel sich als die „erforderliche" Verteidigung darstellen. Unter Umständen können auch bloße Drohungen und Verweise als unbedingt notwendig und ausreichend erscheinen. Doch wird hier alles auf den Einzelfall ankommen. Und die Erfahrung des täglichen Lebens lehrt, daß flegelhaften Gassenbuben — will man nicht erneuten Spott ernten — mit Worten nicht beizukommen ist und die Lausbubereien so nicht zum Aufhören gebracht werden können. Es muß aber, wie gesagt, auf die einzelnen Umstände abgestellt werden[3]). Das Maß der erforderlichen Verteidigung liegt immer in der Heftigkeit des Angriffs. Es ist objektiv festzustellen, welche Gewalt und Heftigkeit dem gegenwärtigen Angriff innewohnt[4]). Wahrung eines überwiegenden Interesses wird für die Rechtmäßigkeit der Notwehrhandlung nicht gefordert. Eine Subsidiarität, wie sie z. B. beim Notstand des BGB. verlangt wird, braucht im Strafrecht nicht vorzuliegen. Es kann auch das unbedeutendste Rechtsgut durch die Verletzung des höchsten geschützt werden, sofern nur eine andere Art des Schutzes nach Lage des Falles nicht möglich ist[5]).

Die in diesen Schranken sich haltenden Maßnahmen gegen flegelhafte Unerwachsene können als Notwehrhandlungen auch dann straflos bleiben, wenn der Erziehungsberechtigte anwesend ist und ein Einschreiten gegen das Kind ablehnen sollte[6]).

Ist somit ausgeführt, daß ein Teil der Züchtigungshandlungen unter dem Gesichtspunkt der Notwehr der Rechtswidrigkeit entkleidet werden

---

[1]) D. h. die Flegelei steht unmittelbar bevor oder hat bereits begonnen. RG. 53, 132; 55, 82.

[2]) Hubrich 220; Liszt, § 33 II, 1a; Mezger GS. 98, 207ff.; Geider 8; Frank S. 161; RG. 36, 236, 34, 295; RG. 27, 44; LzK. § 53, 4; E. Kaufmann, S. 24.

[3]) Ablehnung der Notwehr aus diesem Grunde in Entscheidung des OLG. Rostock v. 2. 11. 1883 in GA. 37, 369 und Braunschweig v. 7. 7. 1883.

[4]) Auf die subjektive Einstellung des Angegriffenen kommt es hierbei nicht an, Frank, S. 163; LzK., § 53, 15; RG. 9, 471; 54, 196.

[5]) Olshs., S. 237; LzK., § 53, 13; Frank, S. 163; Liszt, § 33 II, 2.

[6]) So mit Recht Hubrich, S. 221. Diese Rechtslage ist besonders hervorzuheben, denn es entstehen sonst, wie später noch zu zeigen sein wird, aus einer gegen den Willen des Züchtigungsberechtigten vorgenommenen Züchtigungshandlung u. U. erhebliche Schwierigkeiten, S. 31ff.

kann, so ist dieses Kapitel der Arbeit doch nicht abzuschließen, ohne daß auf die erhebliche inhaltliche Verschiedenheit der Züchtigungshandlung als solcher und der Notwehrhandlung eingegangen worden ist. Die erstere Handlung dient zu Erziehungszwecken, während die letztere sich charakterisiert als eine zur Verhinderung eines (gegenwärtigen, rechtswidrigen) Angriffs erforderliche Abwehrhandlung; sie muß von einem Abwehrwillen getragen sein, wenn auch nicht zu verlangen ist, daß der den Angriff Abwehrende ausschließlich zum Zwecke der Verteidigung handelt[1]). Hierin liegt ein weiter begrifflicher Unterschied; auf der einen Seite eine Handlung, die sich richtet gegen bevorstehende und gegenwärtige Angriffe (präventiv), auf der anderen Seite eine Erziehungshandlung, die notwendig begrifflich dahin strebt, ein Besserungsmittel zu sein in Anbetracht begangener Fehler, Sühne für das Vergangene, Warnung und Besserung des jugendlichen Übeltäters für die Zukunft.

Und noch ein Unterschied. Der Erziehungshandlung im eigentlichen Sinn braucht nicht begriffsnotwendig ein rechtswidriger Angriff auf ein wehrfähiges Rechtsgut vorangegangen zu sein. Es genügt hier schon ein rüpelhaftes, anstößiges Verhalten, irgendeine kindische Unart[2]).

Dieser begriffliche Unterschied zwischen der eigentlichen Züchtigungshandlung und der Notwehr wird in der Literatur, soweit auf diese Sprache überhaupt eingegangen ist, erfreulicherweise stets hervorgehoben. Auch die Entscheidung des OLG. München[3]) und des Bayer. Kassationshofes[4]) lehnen, von dem begrifflichen Unterschied ausgehend, eine Subsumtion des Vorgehens Dritter gegen flegelhafte Unerwachsene unter den gesetzlichen Tatbestand der Notwehr ab.

Einen der Notwehr verwandten Gedanken äußert Hahne[5]). Er will die Züchtigung fremder Unerwachsener aus einem erweiterten Selbsthilferecht heraus rechtfertigen. Eine derartige über die Grenzen der

[1]) Liszt, § 33, II, 2c und Anm. 13; Frank, S. 162; LzK., § 53, 5b; RG. 60, 262, GA. 45, 272.

[2]) So im Falle des Beschlusses des OLG. München v. 10. 10. 1896 in Regers Entscheidung. Bd. 18, S. 368: „Daß diese Tat, da dem Angeschuldigten ein Züchtigungsrecht nicht zustand und das der Tat vorausgegangene ungehörige Benehmen des L. einen Angriff auf die Ehre des S. nicht enthielt, von diesem auch als solcher nicht aufgefaßt wurde, also auch von Notwehr nicht die Rede sein kann . . ."

[3]) Entscheidung v. 11. 2. 1885. „Das Berufungsgericht hat nicht festgestellt, daß die Mißhandlung, wie sie erfolgte, seitens des S. zum Zwecke der Verteidigung stattfand und dem neunjährigen Z. gegenüber erforderlich war, um den begonnenen rechtswidrigen Angriff auf die Birnen des S. abzuwehren und sie zur sofortigen Herausgabe der an sich genommenen Früchte zu veranlassen. Die Strafkammer hat vielmehr die der Anklage unterstellte Vergewaltigung als eine der von Z. bewiesenen Frechheit und Verwegenheit entsprechende empfindliche Züchtigung, als eine Bestrafung wegen des Geschehenen und als eine Warnung für die Zukunft erklärt, und damit verneint, daß sie ein Akt im Sinne des § 53 StGB gewesen ist."

[4]) Entscheidung v. 5. 2. 1876 in Spengleins Zeitschr. Bd. 6, S. 284. „Allein das bezirksgerichtliche Urteil enthält keine Konstatierung darüber, daß der Beschuldigte den V. sofort, als dieser die Ochsen des ersteren mißhandelte, und zur Abwehr des Mutwillen geschlagen habe."

[5]) Recht, 1916, S. 68ff.

festumrissenen Begriffe der Notwehr und Selbsthilfe hinausgehenden Konstruktion läßt sich aber aus der heutigen Rechtsordnung nicht begründen. Eine nähere Kritik folgt S. 18f.

Schließlich sei noch eine Entscheidung des OLG. Jena[1]) angeführt. Eine Züchtigungshandlung wurde hier unter Heranziehung der berechtigten Besitzwehr für gerechtfertigt erklärt. „Nach § 859 BGB. habe sich der Angeklagte der widerrechtlichen Besitzstörung — durch einen Knaben, der Kirschbäume plünderte — mittels Gewalt erwehren dürfen."

§ 6. Rechtfertigung der Züchtigung durch ein bestehendes Gewohnheitsrecht.

Ähnlich wie bei der ärztlichen Operation hat man versucht, ein allgemeines Züchtigungsrecht auf ein bestehendes Gewohnheitsrecht zu stützen. Das Urteil vom OLG. Jena[2]) bringt in dieser Hinsicht Andeutungen: „nach allgemeiner tief im Volksbewußtsein wurzelnder Überzeugung habe jeder Volksgenosse das Recht zur Ergänzung des elterlichen Erziehungsrechtes und in dessen Umfang durch Züchtigung gegen jugendliche Ausschreitung vorzugehen".

Eine ausdrückliche Rechtfertigung der Züchtigungshandlung durch eine Art gewohnheitsrechtlicher Selbsthilfe gibt Hahne[3]). Er wendet sich unter Berufung auf eine gesunde Volksanschauung zunächst gegen die allzu allgemeine Fassung des Urteils des OLG. Jena und gibt eine Einschränkung dahin, daß „nur die Eigentums-, Besitz- und Persönlichkeitsverhältnisse des einzelnen" die Grundlage für ein Züchtigungsrecht Dritter bilden und soweit diese durch die Ungezogenheit fremder Kinder berührt werden. „Insoweit anerkennt die allgemeine Rechtsüberzeugung dem Betroffenen und demjenigen, der durch sein Verhältnis zu dem Betroffenen berufen erscheint, diesen zu schützen, unter Umständen ein Recht zu, Ungezogenheiten fremder Kinder durch eine der Sachlage angemessene Züchtigung auch über die hier zu engen Grenzen der Notwehr und die Voraussetzungen der durch ausdrückliche Gesetzesbestimmungen anerkannten Selbsthilferechts hinaus abzuwehren, zu strafen und ihre Wiederholung für die Zukunft abzuwenden,"

Im ganzen betrachtet spricht Hahne einer Art gewohnheitsrechtlicher Selbsthilfe das Wort. Dieses Gebilde ist aber zu wenig einheitlich und klar, als daß man es als geglückt ansehen könnte, die Frage, nach dem tatsächlichen Bestehen des behaupteten Gewohnheitsrechts ganz außer Acht zu lassen.

Es scheint uns nicht angängig zu sein, die Begriffe Notwehr und Selbsthilfe, deren Voraussetzungen und Grenzen im positiven gesatzten Recht fest abgesteckt sind, willkürlich zu erweitern. Man käme sonst zu dem Ergebnis, daß Notwehr und Selbsthilfe Kindern gegenüber in anderem Umfange geübt würde als gegenüber Erwachsenen. „Hahne rechnet

[1]) Entscheidung v. 4. 12. 1912 in GA. 60, 498.
[2]) Entscheidung v. 4. 12. 1912 in GA. 60, 498.
[3]) Recht, 1916, S. 70.

nicht mit den Notwendigkeiten des Lebens“[1]). Nach ihm könnte der Betroffene selbst den Bengel züchtigen, desgleichen wäre eine Züchtigung gestattet, wenn ein Angehöriger unangemessen behandelt würde. Dagegen wäre es nach Hahnes Ansicht fraglich, ob ein Eingreifen gerechtfertigt ist, wenn ein Dritter von der Ungezogenheit betroffen wird. Dann soll es darauf ankommen, ob der Züchtigende durch sein Verhältnis zu dem Belästigten berufen erscheint, diesen zu schützen! Und weiter. Wie steht es, wenn Straßenbuben Straßenlaternen mit Steinen zertrümmern oder den eben frisch gestrichenen Briefkasten mit Sand bewerfen, der an der frischen Farbe hängen bleibt? Man sieht, diese Konstruktion ist reichlich unklar und ungenügend, und dafür will Hahne „die allgemeine Rechtsüberzeugung“ in Anspruch nehmen!

Doch wir bestreiten ausdrücklich, daß sich betreffs der Züchtigungshandlung ein Gewohnheitsrecht herausgebildet hat. Gewohnheitsrecht ist das ungesatzte Recht, das im Rechtsleben unmittelbar hervortritt[2]). Eine gewohnheitsrechtliche Rechtsnorm entsteht dadurch, daß ihr Inhalt in fortwährender, gleichmäßiger Übung angewandt wird, wobei die Übungsakte in der Meinung vorgenommen werden müssen, es handle sich um Recht. Die Übung einer Rechtsüberzeugung muß jedoch auf dem allgemeinen Willen der Gemeinschaft beruhen. Wechselnde Anwendung und Nichtanwendung genügen nicht. Allerdings schließen vereinzelte Abweichungen von der Übung die Annahme eines Gewohnheitsrechts nicht aus.

Gerade diese allgemeine Rechtsüberzeugung läßt sich bei der Züchtigung schwerlich behaupten. Dazu reden die häufigen Prozesse und die verschiedenartigsten Begründungen der erkennenden Gerichte einerseits und die Zersplitterung der Wissenschaft andererseits eine zu gegenteilige beredte Sprache. Esch[3]) weist auf die vielen Prozeßakten hin. Beim Studium dieser offenbart sich als „allgemeine Rechtsüberzeugung“ die Auffassung, daß eine Züchtigung fremder Kinder zu Recht bestehe. Aber die Betreffenden verwahren sich stets energisch gegen die selbstverständliche Folgerung, daß dann auch ein Handanlegen an ihre eigenen Kinder kein Unrecht wäre. In der Tat stößt man bei Umfragen unter den verschiedensten Gesellschaftsklassen und Berufsschichten auf diese sonderbare zwiespältige Auffassung[4]). Voltz macht schließlich mit Recht darauf aufmerksam, daß — wenn wirklich ein gewohnheitsrechtliches Züchtigungsrecht Fremder sich begründet hätte — es nahegelegen hätte für den Gesetzgeber, der doch in vielen Sonderbestimmungen[5]) sein Augenmerk auf das Züchtigungsrecht gerichtet hat, ein allgemeines Züchtigungsrecht durch eine ausdrückliche Gesetzesbestimmung aufzustellen, statt es „in die nebelhaften Sphären des Gewohnheitsrechts zu verweisen“[6]). Ein Gewohnheitsrecht nehmen außer den bereits zitierten Autoren Diekamp und R. Schmidt[7]) an.

[1]) Esch, S. 11.
[2]) Enn. I, § 35, 36.
[3]) S. 11.
[4]) Voltz, S. 363.
[5]) Gemeint sind die häufigen gesetzlichen und Verordnungsbestimmungen über die Züchtigungsbefugnis der Lehrer in den verschiedenen deutschen Ländern.
[6]) S. 363.
[7]) Diekamp, S. 95ff.; R. Schmidt, Grundriß, S. 113b.

Bei der aufgezeigten Sachlage kommt man in Versuchung festzustellen, daß der Versuch, die Züchtigungsbefugnis dritter Personen auf ein bestehendes Gewohnheitsrecht zu stützen, im Grunde genommen nicht mehr und nicht weniger heißt, als auf jede rechtliche Begründung überhaupt verzichten. Der gleichen Meinung geben Köhler, Esch und Geider Ausdruck[1]), ebenso E. Kaufmann, Voltz.

§ 7. Das Züchtigungsrecht als Ausfluß des öffentlichen Rechts.

Unter Verzicht auf jegliche privatrechtliche Konstruktion hat man der Züchtigungshandlung deshalb die Widerrechtlichkeit abgesprochen, weil jene durch das öffentliche Recht gerechtfertigt erscheint. Man hat ein selbständiges öffentliches Recht mit der Begründung behauptet, „das Interesse eines jeden daran, daß unser Gemeinwesen nicht geschädigt werde durch die Unflätigkeit der ungezogenen Jugend", rechtfertige diese Zuchtübung[2]). Binding steht mit dieser Meinung in der Literatur nicht vereinzelt da. Havenstein[3]) schließt sich ihm an: „das Züchtigungsrecht ist eine Erziehungsbefugnis, welche sich aus der menschlichen Gemeinschaft, ihren Rechten und Pflichten unmittelbar ergibt". In ähnlichen Bahnen bewegen sich die Ausführungen Kleinfellers[4]). Er will die Rechtmäßigkeit einer Züchtigungshandlung auf einen öffentlichen Rechtssatz zurückführen, der als allgemeiner Grundsatz des öffentlichen Rechts zwar nicht dem geschriebenen Recht angehört, für den jedoch die Eigenschaft eines gewohnheitsrechtlichen Satzes in Anspruch genommen werden kann: salus publica suprema lex esto. Rüpeleien erfordern geradezu erzieherische Eingriffe Erwachsener, und es könne nicht angehen, daß diese Handlungen, die das öffentliche Wohl fordert, gleichwohl als rechtswidrig beurteilt werden. In seinen weiteren Ausführungen sieht er — wie andere auch[5]) — die Parallele dieser allgemeinen Erziehungsgewalt in dem allgemeinen Recht der vorläufigen Festnahme (§ 127 StRPO.).

In neuester Zeit hat sich Hellwig[6]) in eben dem gleichen Sinn ausgelassen[7]). Nach ihm ist der Träger der Erziehung die Gesamtheit der Volksgenossen. Den Eltern als dem, dem Zögling am nächsten Stehenden soll die Erziehungsgewalt nur zur Ausübung übertragen worden sein, soweit nicht dringende Interessen der Gesamtheit die Ausübung des Erziehungsrechts durch die Eltern unmöglich machten oder vom Standpunkt des öffentlichen Interesses aus als unzweckmäßig erscheinen ließen; während jedem Volksgenossen die Befugnis — gegebenenfalls die Pflicht — zur Ergänzung der häuslichen Erziehung und Züchtigung zukommt[8]).

---

[1]) Köhler, S. 387; Esch, S. 11; Geider, S. 40; E. Kaufmann, S. 23; Voltz, S. 363.
[2]) Binding, Handbuch, S. 800; Schoetensack, VDA. II, S. 419.
[3]) GA. 51, S. 255. [4]) GA. 64, S. 234.
[5]) z. B. Kammergericht in HRR. 1931, S. 800, Entscheidung v. 21. 1. 1931; vgl. auch 16, Anm. 3.
[6]) Soziale Kultur 1917, S. 335ff.
[7]) Ebenso Feisenberger, Fürsorgez. Bl. 9, 93ff.
[8]) S. 339.

Diese Gedankengänge hat sich die Praxis zu eigen gemacht. Es liegen Erkenntnisse vor, die den Züchtigenden mit der Begründung vor der Strafe wegen vorsätzlicher Körperverletzung bewahrt haben, weil er in Ausübung eines öffentlichen Erziehungsrechts gehandelt habe[1]).

Diese Konstruktion ist einer Kritik zu unterziehen. Bereits der Ausgangspunkt dieses Dogmas kann nicht als der heutigen Rechtsordnung entsprechend anerkannt werden. Es kann davon keineswegs die Rede sein, daß jedwede Erziehungsgewalt von der Gemeinschaft der Volksgenossen ausgeht und den in facto Berechtigten nur zur Ausübung übertragen sei. Die verschiedenen Meinungen übersehen den Art. 120 der Weimarer Reichsverfassung bzw. deuten ihn falsch. „Die Erziehung des Nachwuchses zur leiblichen, seelischen und gesellschaftlichen Tüchtigkeit ist oberste Pflicht und natürliches Recht der Eltern, über deren Betätigung die staatliche Gemeinschaft wacht." Wenn auch Auslegung und Tragweite dieser Verfassungsbestimmung im einzelnen sehr bestritten sind, so ist ihr doch mit Sicherheit zu entnehmen, daß das staatliche Interesse an der Erziehung der heranwachsenden Generation sich darauf beschränkt, die Ausübung und Erfüllung der Erziehungspflicht seitens der Eltern zu überwachen, und daß dagegen die Jugenderziehung weder früher zu dem Machtbereich und zu dem Aufgabenkreis des Staates gehört, noch daß dieser sie mit den Bestimmungen des Art. 120 heute übernommen hat[2])[3]), so Anschütz zu Art. 120. Ein weiterer Staatsrechtslehrer Giese[4]) läßt sich gleichfalls in diesem Sinne: aus „das Recht und die Pflicht zur Erziehung der Kinder bleibt sowohl familienrechtlich als auch staatsrechtlich ein Ausfluß der elterlichen Gewalt. Die Erziehung ist eine öffentlich-rechtliche Staatsbürgerpflicht der Eltern, die zu der familienrechtlichen der §§ 1627, 1686 BGB hinzutritt. Die Erziehung ist zugleich ein natürliches, hier aber verfassungsmäßig positiviertes, nur durch richterliche Anordnung entziehbares Recht der Eltern[5])".

Als weiteres Argument möge ein Hinweis auf die Vorschriften des BGB und des Jugendwohlfahrtsgesetzes dienen. Nach ersterem kann dem Vater und entsprechend der Mutter[6]) die Sorge für die Person des Kindes, d. h. die Erziehung, nur unter ganz bestimmten Voraussetzungen beschränkt oder entzogen werden durch Anordnung des staatlichen Aufsichtsorgans (§ 1666 BGB). Das Vormundschaftsgericht hat die erforderlichen Maßnahmen zu treffen. Aber immer nur die unbedingt notwendigen. Es sollen eben Eingriffe in das Elternrecht möglichst, soweit

[1]) OLG. Jena Entscheidung v. 4. 12. 1912 GA. 60, 498ff.; Frankfurt Entscheidung v. 20. 3. 1913, Frankf. Rundschau 1914, 63ff. Jena Entscheidung v. 21. 12. 1912, DJZ. 1913, 296; Rostock v. 9. 7. 1915 GA. 68, 226 und neuestens RG. v. 21. 1. 1931, HRR. 31, 800.

[2]) Anschütz zu Art. 120 R.V.

[3]) Holstein, Arch. f. öff. Recht, 12, S. 237. Die Reichsverfassung schafft mit ihrem Art. 120 nichts inhaltlich Neues, sondern konfirmiert ein bereits Bestehendes.

[4]) Giese zu Art. 120, 1.

[5]) Ebenso Oetker GS. 87, 422 und Poetzsch-Heffter zu Art. 120 R.V.

[6]) § 1686 BGB; entsprechend § 1838 BGB für den Vormund.

es dem Interesse des Kindes zuträglich ist, vermieden werden. Wo Beschränkung der elterlichen Gewalt ausreicht, darf nicht Entziehung eintreten[1]). Das Jugendwohlfahrtsgesetz vom 9. 7. 1922 schafft zwar einen öffentlich-rechtlichen Erziehungsanspruch des Minderjährigen gegen den Staat; dieser Anspruch läßt aber das Recht und die Pflicht der Eltern zur Erziehung des Kindes grundsätzlich unberührt und greift nur insoweit ein, als der privatrechtliche Anspruch des Unerwachsenen auf Erziehung durch die Familie nicht erfüllt wird. In das Recht der Eltern wider ihren Willen einzugreifen, ist außer in den gesetzlich aufgeführten Fällen der Verhütung der Verwahrlosung und der bereits eingetretenen Verwahrlosung nicht zulässig[2]).

Wir haben gesehen, daß der staatlichen Einwirkung auf die Erziehung der Jugend enge Grenzen gezogen sind, um so mehr muß dies für den einzelnen Volksgenossen gelten. Und weiter. Verdichtet sich das Disziplin- und Erziehungsinteresse der Allgemeinheit, so sind staatliche Organe zum Einschreiten berufen. Der einzelne Volksgenosse tritt niemals aktiv in den Vordergrund. Er muß darauf beschränkt bleiben, zweckentsprechende Maßnahmen bei den staatlichen Überwachungsorganen, dem Vormundschaftsgericht und dem Jugendamt, anzuregen[3]).

Es bedarf ferner noch einer Stellungnahme zu den verschiedenen Oberlandesgerichtsurteilen.

In dem Urteil des OLG. Jena vom 4. 12. 1912[4]) heißt es: „Zucht und Ordnung in dem heranwachsenden Geschlecht zu schaffen wird immer mehr als Aufgabe der Allgemeinheit angesehen und immer mehr gebilligt, ja gefordert, daß auch der einzelne seinen Teil dazu beiträgt." Und ferner in dem Urteil vom 21. 12. 1912[5]). „Unter Umständen besteht in Ergänzung des elterlichen Züchtigungsrechts ein Recht, fremde Kinder zu züchtigen als Ausfluß des öffentlichen Rechts. Die Allgemeinheit bedarf dieses Rechts. Deshalb ist dieses Recht gerade in der jetzigen Volksüberzeugung begründet. Gerade heute, wo das Gemeinschaftsleben auch auf dem Gebiete der Erziehung die engen Schranken des Hauses mehr als bisher durchbricht, ist es zum Bedürfnis geworden. Es will aber nicht das Recht der Eltern beseitigen. Aber wo Kinder in der Öffentlichkeit Zuchtlosigkeiten begehen, die das sittliche Empfinden normaldenkender Menschen verletzen und eine Sühne fordern, tritt das Recht der Allgemeinheit ein." In ähnlichen Redewendungen bewegt sich die Begründung des Urteils des OLG. Frankfurt v. 20. 11. 1913[6]) und des Urteils des OLG. Rostock[7]) vom 9. 7. 1915, das die Worte Bindings

[1]) Enn. II, 1 § 83 II, 2 und Anm. 21.

[2]) § 1, § 56, § 62, § 63 J.W.G.

[3]) Vgl. Hahne Recht 1916, S. 70 und Donner S. 96. „Selbst wenn der Allgemeinheit, dem Staat, ein Erziehungsrecht zustehen sollte, so kann doch nicht ohne weiteres gefolgert werden, daß die Ausübung dieses Züchtigungsrechts schlechthin jedem Volksgenossen zustehe."

[4]) In GA. 60, 498ff.; vgl. dazu die lobende Besprechung von OLG.-Rat Deinhardt daselbst.

[5]) DJZ. 1913, 296. Vgl. die lobende Besprechung von OLG.-Rat Buchmann. im Recht 1913, S. 61.

[6]) Frankf. Rundschau 1914, S. 63.

[7]) GA. 68, 226.

wiederbringt und weiterhin ausführt: „die allgemeine Züchtigungsbefugnis dient zur Ergänzung des Erziehungsrechts der Erstberufenen und ist gerechtfertigt durch das Interesse eines jeden Bürgers, daß das Gemeinwesen seiner Angehörigen und seine Einrichtungen nicht durch Untugenden einer schlecht erzogenen Jugend geschädigt wird". In neuester Zeit ist ein Kammergerichtsurteil ergangen, in dem sich gleiche Gedankengänge finden[1]), ferner ein Urteil des OLG. Dresden[2]).

Diese Urteilsbegründungen fordern gerdezu zum Widerspruch heraus. Die ablehnende Kritik von Klein[3]) kann hier nur noch unterstrichen werden. Es geht wirklich nicht an, „daß ein schwerwiegendes und weittragendes Recht, das aus irgendeiner Gesetzesnorm nicht hergeleitet werden kann und von dem die bisherige Jurisprudenz nichts wußte, mit einigen allgemeinen Ausführungen eingeführt wird". Allgemeine Redewendungen wie: Jeder einzelne muß sein Teil dazu beitragen . . ., die Allgemeinheit bedarf . . ., aber wo Kinder . . ., im öffentlichen Interesse befugt . . ., das dem Gemeinwesen und seinen Einrichtungen nicht geschadet werde . . ., sichernde Schutzmaßnahmen der Gesellschaft . . ., sind wahrhaft nicht geeignet, eine überzeugende Quelle für das behauptete, bislang unbekannte allgemeine Züchtigungsrecht abzugeben. Dies läßt sich gegen Buchmann[4]) ohne „Prinzipienreiterei und falsche Sentimentalität" behaupten. — Im übrigen stehen den Urteilsbegründungen die oben gegen die verschiedenen Autoren gerichteten Ausführungen gleichfalls entgegen.

Wie berechtigt dieser zweite Einwand Kleins auch ist, um so weniger stichhaltig ist sein erstes Argument. Klein führt aus, daß nach Reichs- und Landesrecht nur den nächsten Verwandten des Kindes ein Züchtigungsrecht gewährt ist, also nur solchen Personen, „die Garantie dafür bieten, daß sie bei der Züchtigung — was Art und Maß angeht — der Individualität des Zöglings gerecht werden", denn die Züchtigung soll nur dem Wohle des zu erziehenden Kindes dienen. Die erforderliche Garantie bietet aber doch nicht jeder Dritte, der sich über irgendeine Zuchtlosigkeit eines Kindes entrüstet und nun ohne irgendwelche Kenntnis von der Individualität des Übeltäters straft.

Auf den ersten Blick scheint auch dieses Argument berechtigt. Aber es ist doch im täglichen Leben wohl so, daß die Kinder, die sich derartig

[1]) KG. Entscheidung v. 21. 1. 1931 in Höchstr. Rechtsprechung 31, 800. „Ein Erwachsener, nicht erziehungsberechtigter Tatzeuge ist im öffentlichen Interesse befugt, die Ungehörigkeit eines Kindes, sogar gegen den Willen des Erziehungsberechtigten alsbald zu ahnden. Hierbei handelt es sich um eine sichernde Schutzmaßnahme der Gesellschaft gegen einen die gesellschaftliche Ordnung störenden Eingriff . . . Und von dem störenden Kinde im Interesse der Aufrechterhaltung der öffentlichen Ordnung . . . geduldet werden muß.". Ferner Entscheidung v. 23. 10. 1930 in JW. 1931, 1392.

[2]) Entscheidung v. 4. 3. 1931 in JW. 1931, 1393. „Bei einer derartigen Züchtigung handelt es sich um eine Schutzmaßnahme der Gesellschaft gegen einen die gesellschaftliche Ordnung störenden Angriff eines Kindes. Eine solche Maßnahme hat der jugendliche Störer im Interesse der Aufrechterhaltung der sozialen Ordnung zu dulden."

[3]) Seuff. Bl. 78, 207.

[4]) Buchmann, Recht 1913, 61.

zuchtlos in der Öffentlichkeit benehmen, daß der Unwille von zunächst unbetroffenen Erwachsenen erregt wird, seelisch nicht so zart besaitet sind, daß ihnen an ihrer seelischen und psychologischen Entwicklung mehr geschadet als genutzt würde. Es läßt sich bei den ständig im Wachsen begriffenen Flegeleien der Straßenjugend auch nicht die geringste Spur von Individualität nachweisen. Es sind stets rohe Patrone, die eine individuelle und besonders fein geartete seelische Entwicklung vermissen lassen und denen eine Tracht Prügel als exemplarische Strafe zum Nutzen gereicht, auf jeden Fall aber mehr nützt als schadet. Im übrigen wissen die Bengel genau was ihnen bevorsteht, wenn sie gefaßt werden. Das zeigt sich deutlich daran, daß sie, sofern nur ein Erwachsener in bedrohlicher Nähe auftaucht, stets von ihren flinken Beinen Gebrauch machen.

Auch das Reichsgericht vom 4. 9. 1881 hat sich gegen ein allgemeines Züchtigungsrecht ausgesprochen[1]). Es hat die Rechtswidrigkeit einer Züchtigungshandlung bejaht und die Berufung auf den guten Glauben an ein allgemeines Züchtigungsrecht für unbeachtlich erklärt. Damit sollte zweifelsohne dies allgemeine Züchtigungsrecht selbst verneint werden. In dem gleichen Sinne hat sich auch das OLG. Kiel in Entscheidung vom 21. 1. 1920[2]) und vom 27. 6. 1925[3]) erklärt. „Ein allgemeines Züchtigungsrecht, dritte Kinder zu züchtigen . . ., ein Recht wie es von mehreren Oberlandesgerichten . . . aus dem öffentlichen Recht der Volksgemeinschaft auf Zucht und Ordnung hergeleitet wird, vermag der Senat nicht anzuerkennen."

§ 8. Die Geschäftsführung ohne Auftrag als Rechtfertigung der Züchtigung.

Um den Züchtigenden straffrei ausgehen zu lassen, ist weiterhin der Versuch gemacht worden, das zivilrechtliche Institut der Geschäftsführung ohne Auftrag als Unrechtsausschließungsgrund heranzuziehen.

Es mag gleich hervorgehoben werden, daß diese Konstruktion am häufigsten versucht worden ist, sowohl im Schrifttum wie in höchstrichterlichen Entscheidungen. Aber wie groß die Anzahl der Verfechter dieser Begründung der Straffreiheit des Züchtigenden ist, so groß ist auch die Zahl der Einwendungen, die zu erheben sind und sowohl in genereller wie in spezieller Hinsicht gemacht worden sind. Der Vollständigkeit halber möge aber auch auf die verschiedensten Spielarten der Konstruktion eingegangen werden.

Zitelmann[4]) hat den Satz aufgestellt: „Die objektive Rechtswidrigkeit eines Eingriffs in fremde Rechtsgüter ist ausgeschlossen, soweit der Handelnde als Geschäftsführer in den Grenzen des § 677 BGB handelt." Ihm sind gefolgt Ahrens, Eckstein, Heimberger, Fischer, Nagler, Honig,

[1]) RG. 4, 98ff. (33, 33); RG. v. 4. 5. 1921 in DJZ. 1921, 832, ferner Reichsmilitärgericht v. 10. 3. 1902 in E. 2, 212.
[2]) In GA. 69, 145.
[3]) In JW. 1925, 2159.
[4]) Arch. 99, 104.

Mezger, Enneccerus und Heinitz[1]). Der Vorzug seiner Lehre besteht darin, daß in den Fällen, in denen wie z. B. bei der ärztlichen Operation eines Bewußtlosen die Einwilligung — ihre Eigenschaft als rechtfertigend vorausgesetzt — nur vermutet werden konnte, nicht mehr mit einem derartig unsicheren und rechtlich zweifelhaften Begriff wie der mutmaßlichen Einwilligung gearbeitet werden braucht.

Es haben sich aber auch Stimmen gegen die Verwertung der Geschäftsführung ohne Auftrag als Rechtfertigungsgrund erhoben. Es ist Zitelmann und seinem Anhang allerdings zuzugeben, daß die Rechtswidrigkeit nicht nur allein durch strafrechtliche Figuren ausgeschlossen werden kann. Das folgt schon daraus, daß der Begriff Rechtswidrigkeit kein typisch strafrechtlicher ist. Aus dem Postulat der Einheit des Rechts ist zwingend zu folgern, daß eine Handlung, die nach bürgerlichem Recht rechtmäßig ist, nicht gleichzeitig in strafrechtlichem Lichte als widerrechtlich bezeichnet werden kann. „Wo immer daher eine Handlung durch eine Rechtsbestimmung geboten oder als eine erlaubte bezeichnet wird, da entfällt ohne weiteres die Möglichkeit, dieselbe zugleich auf Grund eines Strafgesetzes als rechtswidrig und strafbar zu behandeln, will nicht die Rechtsordnung mit sich selbst in Widerspruch treten[2])."

Die Erörterungen haben sich also darauf zu beziehen, ob die Handlungen des Geschäftsführers durch § 677 BGB für rechtmäßig erklärt sind oder nicht. Das ist bestritten. Namentlich Plank[3]) hat sich gegen den Zitelmannschen Grundsatz gewandt. Er weist auf die Entstehungsgeschichte des Gesetzes hin, wonach lediglich beabsichtigt war, die obligatorischen Verpflichtungen im Verhältnis zwischen Geschäftsführer und Geschäftsherr zu regeln. In der Tat finden sich in den Vorarbeiten des Gesetzes keinerlei Anhaltspunkte dafür, daß ein allgemeines Prinzip hat aufgestellt werden sollen, wonach die nützliche Geschäftsführung ohne Auftrag objektiv einen Eingriff in eine fremde Rechtssphäre rechtfertige. Zwar ist die Auffassung der Bearbeiter des Gesetzes nur insofern für die Auslegung des Gesetzes selbst von Bedeutung, als aus letzterem nicht eine gegenteilige Beurteilung zu ersehen ist; aber es läßt sich aus dem Wortlaut und aus dem Inhalt der Bestimmungen der §§ 677ff. tatsächlich nichts erkennen, das entgegen der Annahme der Autoren ein solches rechtfertigendes Prinzip herleiten ließe.

Zitelmann führt an, daß die nützliche Geschäftsführung im Gesetze nicht verboten, sondern begünstigt werde, und daß sie deshalb nicht etwas Rechtswidriges sein kann. Er stützt sich dabei auf § 678. Danach ist der Geschäftsführer verpflichtet, das begonnene Geschäft dem Inter-

[1]) Ahrens, S. 11ff.; Eckstein, S. 283ff.; Heimberger, VDA. IV, 24ff.; Fischer, S. 281ff.; Nagler, S. 362; Honig, S. 165; Mezger, S. 162; Enneccerus I, S. 670, Anm. 36; Heinitz, Abhandl. 211, S. 49.

[2]) Merkel, Lehrbuch, S. 156; ebenso Fischer, S. 115: „Aus der Einheit der gesamten Rechtsordnung folgt die Einheitlichkeit der Rechtswidrigkeit. Es gibt kein besonders geartetes Zivilunrecht." Mezger Strafrecht, S. 162 (90), „maßgebend für das Unrechtsurteil ist das gesamte öffentliche und private Recht". Ferner Nagler, S. 362; RG. 63, 218; 61, 247; 59, 407; 16, 153.

[3]) Plank, Vorbemerk. V zu § 677; ferner Staudinger § 823 II, B 7; Beling, Z. 44, S. 238; Enn. II, 2, § 79, Anm. 4.

esse und dem Willen des Geschäftsherrn gemäß zu führen. Wenn aber eine derartige Verpflichtung bestehe, so kann das entsprechende Handeln nicht als rechtwidrig aufgefaßt werden. Allein Zitelmann begeht hier eine stillschweigende Unterstellung: das Gesetz geht nicht von einem allgemeinen Prinzip der nützlichen Geschäftsführung aus, sondern bringt lediglich zum Ausdruck in dem grundlegenden § 677, daß derjenige, der als Geschäftsführer ohne Auftrag ein fremdes Geschäft übernimmt, dieses nach dem Interesse und Willen des Geschäftsherrn zu führen hat, unabhängig von der Frage, ob die Übernahme des Geschäftes zu Recht oder Unrecht erfolgte. Letztere Frage, die nach der objektiven Berechtigung, ist damit keineswegs entschieden. Unter Umständen kann eine Schadensersatzpflicht des Geschäftsführers aus § 678 wegen schuldhaften rechtswidrigen Eingriffs in Betracht stehen.

Weiterhin stützt sich Zitelmann auf § 678. In dieser gesetzlichen Bestimmung wird dem Geschäftsführer für gewisse genau begrenzte Fälle eine Schadensersatzpflicht schon wegen der Übernahme der Geschäftsführung auferlegt: damit ist „unzweifelhaft gesagt, daß sie eben nur in diesen Fällen und in keinen anderen eintreten soll". Wenn aber eine Haftung des Geschäftsführers wegen der Übernahme des Geschäfts nach den Grundsätzen des Geschäftsführungsrechts nicht eintritt, ist weiter daraus zu schließen, daß sie überhaupt nicht, auch nicht aus Deliktsgründen eintreten soll. Verneint also das BGB. die Schadensersatzpflicht des Geschäftsführers überhaupt, so ist notwendig zu schließen, daß es sein Eingreifen nicht als objektiv widerrechtlich betrachtet. Soweit Zitelmann S. 105/106.

Diese Folgerungen aus § 678 sind aber nicht zwingend. Wenn man aus § 678 per argumentum a contrario einen Satz ableiten will, so müßte dieser dahingehen, daß bei entsprechendem Willen des Geschäftsherrn die Frage nach einer Schadensersatzpflicht sich nach den allgemeinen Grundsätzen bestimme, nicht aber, daß eine Schadensersatzpflicht deshalb nicht bestehe. Wenn das Gesetz die objektive Widerrechtlichkeit hätte ausschließen wollen, so hätte es einer ausdrücklichen Bestimmung, wie z. B. in § 904 BGB, bedurft. In Ermangelung einer solchen ist jedoch eine Ausschließung oder Abänderung der allgemeinen Grundsätze nicht anzunehmen. Ebenso wendet sich Hegler[1]) gegen das Zitelmannsche Dogma mit dem Hinweis, daß es sich bei den fraglichen Bestimmungen des BGB. lediglich um Verpflichtungs- und Anspruchsverhältnisse zwischen dem Geschäftsführer und dem Geschäftsherrn handle. Parallel zum Auftrag stehe hier das Innenverhältnis in Frage, während es im Strafrecht um das Außenverhältnis (parallel zur Vollmacht), um die Frage nach der äußeren Legitimation zu bestimmtem, in die Sphäre eines anderen irgendwie eingreifendem Handeln gehe[2]).

Abweisend steht auch Max Ernst Mayer[3]) der Zitelmannschen Ansicht gegenüber. „Denn es ist unverkennbar und unverkannt, daß die Bestimmungen über Rechtsgeschäfte auf Rechtsfolgen gemünzt sind,

[1]) Z. 36, S. 49, Anm. 61.
[2]) Ähnlich Leipz. Komm., S. 15; Eckstein, S. 284; Geider, S. 233.
[3]) S. 291ff.

die von der Strafe toto genere verschieden sind. Der Versuch, die strafrechtliche Entscheidung trotzdem auf Privatrecht zu begründen, beruht nur auf dem Wunsch, juristische Exaktheit zu gewinnen. Indessen kann einer Regel, die zwar durch Schärfe und Eindeutigkeit, aber auch durch Vergewaltigung der Tatsachen und Vernachlässigung der Bedürfnisse des Rechtslebens ausgezeichnet ist, juristische Exaktheit nicht zugestanden werden."

Vorliegende Arbeit entscheidet sich Zitelmanns Ansicht gegenüber in ablehnendem Sinn, gibt allerdings zu, daß das Argument, der Gesetzgeber habe die „Menschenhilfe[1])" fördern und nicht hindern wollen, etwas Bestechendes an sich hat. Indessen bestehen aber noch weitere spezielle Bedenken gegen die Rechtfertigung der Züchtigung aus dem Gesichtspunkt der Geschäftsführung ohne Auftrag heraus.

Es ist weiterhin zu prüfen, ob der Zitelmannsche Grundsatz auch auf die Züchtigungshandlung angewandt werden kann. Die Entscheidung hängt davon ab, ob der Begriff der Geschäftsbesorgung i. S. § 677 inhaltlich „in der richtigen Breite"[2]) genommen die Züchtigungshandlung umfaßt und ob die Annahme gerechtfertigt ist, der Züchtigende führe das Geschäft für einen andern. Eine Auseinandersetzung mit dem § 677 BGB ist unumgänglich. Diese gesetzliche Bestimmung lautet: „Wer ein Geschäft für einen andern besorgt, ohne von ihm beauftragt oder ihm gegenüber sonst dazu berechtigt zu sein, hat das Geschäft so zu führen, wie das Interesse des Geschäftsherrn mit Rücksicht auf dessen wirklichen oder mutmaßlichen Willen es erfordert."

Die Meinungen über den Begriff „Geschäftsbesorgung" gehen weit auseinander.

Nach der von Staudinger[3]) vertretenen engsten Auffassung würde die Züchtigung außerhalb des Inhalts des Begriffes fallen. Er erkennt in Geschäftsbesorgung „die Erledigung jeder Angelegenheit (Rechtsgeschäft und eine Reihe von tatsächlichen Verrichtungen), die der wirtschaftlichen Interessensphäre eines anderen angehört". Für die Abgrenzung ist ihm der Sprachgebrauch des täglichen Lebens Anlaß. Daraus folgt für ihn, daß „Verrichtungen an der Person eines anderen nicht als Besorgung eines Geschäfts derselben erachtet werden können". Es gehören ärztliche Hilfeleistungen und Züchtigungshandlungen nicht hierher. Der gleichen Auffassung ist Köhler[4]) von der Stellung der Geschäftsführung ohne Auftrag im System ausgehend. Er lehnt eine Ausdehnung auf ein außerhalb des Vermögensrechts und in keinem Zusammenhang damit stehendes Personenrecht ab. Ebenso hält Hahne[5]) die Ausdehnung der Geschäftsführung „auf ein von jedem Zusammenhang mit dem Vermögensrecht losgelöstes höchstpersönliches Recht" wie das Erziehungsrecht für unzulässig[6]).

[1]) Der Ausdruck stammt von Kohler, Iherings Jahrb. 25, 43.
[2]) Zitelmann, S. 110.
[3]) § 677, 2a.
[4]) S. 387ff.
[5]) Recht 1916, S. 68.
[6]) Ebenso RRK. Vorbem. 2 zu § 662; Kohler, S. 116ff.

Etwas weiter gehen Crome, Gierke, Hoeniger, die unter Geschäftsbesorgung auch die Erledigung solcher Angelegenheiten erfassen, die nicht nur rein vermögensrechtlichen Charakters sind, um unbefriedigenden Ergebnissen aus dem Wege zu gehen[1]). Zu dieser Mittelmeinung ist auch noch Oertmann zu rechnen[2]). Er spricht aus dem Verkehrsbedürfnis heraus einer entsprechenden Anwendung der Bestimmungen der Geschäftsführung ohne Auftrag in den Fällen das Wort, in denen es sich nicht um rein vermögensrechtliche Angelegenheiten handelt.

Am weitesten legt Plank[3]) den Begriff aus. Er umfaßt nach ihm alles von Menschen zu Schaffende, sowohl Rechtsgeschäfte als auch rein tatsächliche Zustände von wirtschaftlicher oder rechtlich wesentlicher Bedeutung und schließt nur solche Angelegenheiten aus, denen lediglich gesellschaftliche oder sittliche Bedeutung zukommt. In dem gleichen weiten Umfang erkennt Zitelmann[4]) den Begriff, ebenso Ahrens[5]). „Der Begriff umfaßt nicht nur jedes Rechtsgeschäft und jede Rechtshandlung, sondern auch tatsächliche Handlungen. Geschäft ist jede Angelegenheit, die zu dem Interessenkreis — dem Pflichten- wie dem Rechtskreis — eines anderen gehört, nicht bloß das Vermögen, auch die Fürsorge für die Person eines anderen kann Gegenstand der Geschäftsbesorgung sein“[6]). Zitelmann und Ahrens kommen zu dieser weiten Auslegung aus der Erwägung heraus, daß „aus der gesamten Behandlung, welche die auftraglose Geschäftsführung im bürgerlichen Recht findet, mit Sicherheit hervorgehe, daß der Gesetzgeber diese Menschenhilfe begünstige und befördere, nicht verhindern will“[7]), „dieses Institut das zu den wesentlichsten Elementen des sozialen Altruismus gehört“[8]).

Diese Begründung ist anzuerkennen. Die weite Fassung entspricht dem Verkehrsbedürfnis und findet weiterhin eine Stütze in der Entstehungsgeschichte des Gesetzes[9]).

Staudingers Hinweis auf den Sprachgebrauch kann nicht bei derartigen Abgrenzungen anderen Argumenten gegenüber standhalten, und Hahne und Kohler ist zu erwidern, daß systematische und dogmatische Konstruktionen des Gesetzes zwar berücksichtigt werden müssen aber auf keinen Fall für sich allein durchschlagend und überzeugend sind.

Es ist ferner noch zu der von Voltz[10]) vertretenen Auffassung kritisch Stellung zu nehmen. Er lehnt eine Rechtfertigung der Züchtigungshandlung durch die Vorschriften der auftraglosen Geschäftsführung mit folgenden Ausführungen ab: „Züchtigen heißt in einer bestimmten Weise einwirken nicht nur Schmerz zufügen, sondern auch im Gebiet des seelischen Erlebens eine heilsame Wirkung üben.“ Züchtigen ist mehr als ein tatsächlicher Vorgang. Selbst wenn man mit Zitelmann „in größter

[1]) Crome, S. 629ff. Gierke, § 216, 5. Hoeniger Arch. 35, 277.
[2]) Oertmann, Vorbem. 2 zu § 677.
[3]) § 677, 2.
[4]) S. 110. [5]) S. 25.
[6]) Ebenso Enn. I, 2, S. 488; Kleinfeller GA. 64, 234; Eckstein 281.
[7]) Zitelmann, S. 105.
[8]) Kohler Jherings Jahrb. 25, 43.
[9]) Motive II, S. 855. [10]) S. 354/55.

Breite" den Begriff Geschäftsführung ohne Auftrag als Angelegenheit erfaßt, so umfaßt er doch nicht mehr Handlungen, deren Wesensgehalt ein ganz anderer wird, wenn er von einem Fremden anstatt des Vaters geübt wird. Ein Fremder kann nicht „wirklich erziehen". Voltz geht hier, wie überhaupt in seiner ganzen Abhandlung von kaum zutreffenden Voraussetzungen aus. Er geht auf die schwierigen höchst umstrittenen pädagogischen Gesichtspunkte über den Wert bzw. den Unwert der körperlichen Züchtigung als Erziehungshandlung aus und lehnt die Züchtigung durch Dritte aus eben denselben Gründen ab. Es ist aber bereits an anderer Stelle (S. 23) ausgeführt worden, daß Kinder, die sich in der Öffentlichkeit zuchtlos benehmen, nicht so zart seelisch besaitet sind, daß seine Befürchtungen zutreffen könnten.

Es mag zugegeben werden, daß über die inhaltliche Erstreckung der Geschäftsbesorgung auf die Züchtigungshandlung berechtigte Zweifel entstehen können. Aber selbst wenn man mit vorliegender Arbeit annimmt, daß sich die Züchtigungshandlung als eine Geschäftsbesorgung i. S. von § 677 darstellt, so muß man bei Betrachtung des zweiten Erfordernisses der auftraglosen Geschäftsführung zu einer verneinenden Stellungnahme bezüglich der Anwendbarkeit dieser Konstruktion auf das in Frage stehende Problem kommen.

Es ist nach dem Wortlaut des Gesetzes unbedingtes Erfordernis, daß der Geschäftsführer mit dem Bewußtsein und dem Willen gehandelt hat, das fremde Geschäft als fremdes zu besorgen, wobei allerdings nicht noch weiter zu verlangen ist, daß der Geschäftsführer den anderen kennt oder einen bestimmten anderen im Auge hat. Es genügt schon, daß er für einen anderen, den es angeht, tätig werden will[1]). Dieses subjektive Moment, diese Willensrichtung, das Geschäft für einen anderen zu besorgen, ist in den weitaus häufigsten Fällen der Züchtigungen geeignet, die ganze Konstruktion zum Scheitern zu bringen. Nur selten wird der Züchtigende für irgend einen anderen (Vater, Staat, Gesellschaft) das Geschäft führen wollen, es sei denn er wäre gerade Jurist. Die Erfahrung lehrt vielmehr, daß der Betreffende in eigener Sache handelt daß er ein eigenes Recht zu Abwehr und Bestrafung weiterer Ungezogenheiten durch die Züchtigung in Anspruch nimmt. Er verläßt sich dabei, seinem Naturtriebe folgend, auf den Satz: „Ein guter Mensch in seinem dunkeln Drange ist sich des rechten Weges wohl bewußt", wie Kleinfeller[2]) mit Recht ausführt. Fehlt aber das Bewußtsein und der Wille für einen anderen tätig zu werden, dann entfällt mangels dieses wesentlichen subjektiven Moments die Anwendbarkeit der Vorschriften über die auftraglose Geschäftsführung, und die nachfolgende Berufung auf jene Vorschriften würde sich lediglich als Heuchelei, als leere Ausrede darstellen, die ein gewandter Verteidiger dem Beschuldigten an die Hand gibt oder für ihn vorbringt[3]).

---

[1]) Plank, 2b; Staud. 2b; Oertmann Vorbem. 3c; RRK. 2; Motive II, S. 856; RG. in JW. 1926, 2921; Recht 1909, 661; 84, 390; OLG. 12, 272.

[2]) GA. 64, 234.

[3]) Vgl. dazu vor allem Kleinfeller, GA. 64, 234; Hahne, Recht 1916, 68; Voltz 354; E. Kaufmann 36; Geider 33.

Hiermit wäre ein weiteres Argument gegen die Geschäftsführung ohne Auftrag vorgebracht, das angetan ist, die Heranziehung dieser bürgerlich-rechtlichen Normen zur Rechtfertigung der Züchtigung durch einen Fremden als für nur bestimmt gelagerte Fälle passend abzulehnen.

Es sind aber noch weitere Einwände gegen diese privatrechtliche Begründung des Ausschlusses der Rechtswidrigkeit zu erheben, die an sich nach obigem nicht mehr nötig wären, aber der Vollständigkeit halber zu erörtern sind, da eine große Anzahl von Schriftstellern und höchstrichterlichen Urteilen sie als Grundlage ihrer Rechtfertigung des Züchtigenden gewählt haben.

Die zu erörternden Auffassungen beziehen sich im besonderen darauf, wer als Geschäftsherr anzusehen ist. Donner und Geider[1]) lassen erkennen, daß, — wenn überhaupt die Anwendung der Normen der auftraglosen Geschäftsführung als Unrechtausschließungsgrund in Betracht kommt (sie verhalten sich ablehnend) — so könne nur eine Geschäftsführung für das Kind in Frage stehen. Dieser Ansicht ist auf das entschiedendste zu widersprechen. Die Züchtigung stellt sich als eine Erziehungshandlung dar. Das Kind aber hat sich nicht selbst zu erziehen, sondern soll erzogen werden. Es steht hier in Rede eine Erziehungshandlung, die an Stelle des sonst Erziehungsberechtigten vorgenommen wird. Dieser Erziehungsberechtigte ist der Vater, für ihn wird geriert.

So gehen auch die meisten der Ansichten davon aus, daß als Geschäftsherr der Vater (bzw. die sonstigen erzieherisch-berechtigten Personen) anzusehen sind. So besonders Zitelmann in seiner Abhandlung über den Ausschluß der Rechtswidrigkeit[2]). „Ebenso ist der Gesichtspunkt der Geschäftsführung ohne Auftrag heranzuziehen, wenn jemand einen unerwachsenen Menschen, der etwa auf der Straße eine Ungezogenheit begeht, die verdiente Züchtigung zuteil werden läßt. Das ist nicht objektiv rechtswidrig, wenn es dem wirklichen oder mutmaßlichen Willen des Vaters oder des sonstigen Inhabers des Züchtigungsrechts entspricht, daß der Dritte dieses Recht sofort ausübe, natürlich sofern es sich innerhalb der Grenzen des väterlichen Züchtigungsrechts hält." Im Anschluß an Zitelmann hat Ahrens diesen Gedanken weitergesponnen[3]). Die gleiche Auffassung vertreten Crome[4]), Fischer[5]), Heimberger[6]), Klein[7]), Eckstein[8]), J. Kaufmann[9]), Geider[10]).

[1]) Donner, S. 82; Geider, S. 33.
[2]) S. 110.
[3]) S. 32.
[4]) System IV, § 697, Anm. 17: „Auch nützliche Geschäftsführung für die Eltern kann u. U. anzunehmen sein."
[5]) Fischer 264, „ein allgemeines Züchtigungsrecht unbeteiligter Dritter gegenüber auf der Tat ertappten unartigen Kindern existiert nicht. Eine Züchtigung solcher Kinder läßt sich juristisch nur von dem Gesichtspunkt der Notwehr oder der Geschäftsführung ohne Auftrag für die abwesende aufsichtspflichtige Person rechtfertigen".
[6]) Rechtswidrigkeit in Gießener Festschrift, S. 293. „Zwar äußert sich unser geschriebenes Recht hierüber nicht, aber eine vernünftige Rechtsprechung wird sich nicht scheuen, die gelegentliche, stellvertretene, gewissermaßen in Form der Geschäftsführung ohne Auftrag vorkommende Züchtigung anzuerkennen."

Dieser Gedanke der negotiorum gestio für den Vater hat auch in der Praxis Anerkennung gefunden. Neben einem Erkenntnisse des OLG. Kolmar[1]) hat eine Entscheidung des OLG. Jena[2]) Beachtung gefunden, die sowohl öffentlich-rechtlich wie privatrechtlich gefaßt ist: „Faßt man das Recht der Volksgenossen privatrechtlich auf, so bietet sich der Gesichtspunkt der auftraglosen Geschäftsführung dar. Ein Eingriff in fremde Rechtsgüter ist nicht rechtswidrig, wenn er sich in den Grenzen des § 677 hält. Eine Handlung, die das Recht billigt, kann nicht verboten sein. Das gilt nicht nur für das Privatrecht, sondern auch für das Strafrecht. Die Tatsachen, die das Landgericht aufgestellt hat, entsprechen den Voraussetzungen des § 677. In seinen Ausführungen liegt, daß der Angeklagte die Erziehungspflicht der Eltern hat erfüllen wollen. Im Umfang und in Ergänzung habe er gehandelt als er ihren Jungen gezüchtigt habe. Der Vater war nicht anwesend, konnte also nicht einschreiten. Dieses Handeln muß so geschehen, . . ., wie das Interesse der Eltern mit Rücksicht auf ihren wirklichen oder mutmaßlichen Willen es fordert. § 678."

Schwierigkeiten ergeben sich aber dann, wenn die Züchtigung dem wirklichen oder mutmaßlichen Willen des Vaters nicht entspricht. Wenn z. B. der Vater eine körperliche Züchtigung als pädagogisch ungeeignet überhaupt verwirft oder aber die Flegeleien seiner Kinder billigt, sei es nun, daß er bei der Ungezogenheit seiner Sprößlinge zugegen ist und seinen der Züchtigung entgegenstehenden Willen durch Nichteinschreiten beweist, oder daß seine Einstellung durch frühere ähnliche Vorgänge bekannt geworden ist. Während sich in dem eingangs angenommenen Fall die Züchtigung als eine in den Rahmen rechtmäßiger Geschäftsführung ohne Auftrag fallende Haltung als rechtmäßig und damit nicht strafbar erweist, bleibt sie in dem eben erwähnten Fall als die Grenzen rechtmäßiger Geschäftsführung ohne Auftrag überschreitend, rechtswidrig. Derjenige, der einfach wahllos die Straßenbengel wegen einer rohen Untat zurechtwies, hätte dann Strafe zu gewärtigen, wenn der gleichfalls höchst verderbte Vater statt Unwillen Vergnügen über die Zuchtlosigkeit seines hoffnungsvollen Sprößlings gezeigt hat.

Diesem unliebsamen Ergebnis hat man dadurch aus dem Wege gehen wollen, daß man unter Beibehaltung der Normen über die auftraglose

[7]) Klein, Seuff. Bl. 78, S. 207, Anm. 3. „Die Widerrechtlichkeit kann ausgeschlossen sein, wenn der Züchtigende als Geschäftsführer ohne Auftrag für den Züchtigungsberechtigten handelte."

[8]) Eckstein, S. 283.

[9]) J. Kaufmann: „Läßt man eine leichte Übertragung der elterlichen Züchtigungsgewalt zu und gestattet man auch im Sinne Hubrichs eine negotiorum gestio für die Eltern, so kann den schlimmsten Ungezogenheiten genügend entgegengetreten werden." S. 102.

[10]) S. 26.

[1]) Kolmar, Entscheidung v. 2. 5. 1905 in Warn. Jahrb. 1907, S. 57. „Zur Züchtigung eines fremden Kindes ist nur berechtigt wer hierbei in Vertretung des Gewalthabers handelt."

[2]) Jena, Entscheidung v. 4. 12. 1912 in GA. 60, S. 498.

Geschäftsführung den § 679 heranzog, wonach „ein der Geschäftsführung entgegenstehender Wille des Geschäftsherrn nicht in Betracht kommt, wenn ohne die Geschäftsführung eine Pflicht des Geschäftsherrn, deren Erfüllung im öffentlichen Interesse liegt, nicht rechtzeitig erfüllt werden würde".

Dieser Ausweg findet sich sowohl in der Literatur, wie in zahlreichen Erkenntnissen der Praxis.

Eckstein[1]) führt in dieser Beziehung aus: „eine Geschäftsführungsmacht dürfte in allen Fällen anzunehmen sein; sie ist selbst gegen den Willen des Geschäftsherrn zulässig, wie aus § 678/679 hervorgeht . . . Strafbar kann eine solche Handlung also unter keinen Umständen sein". Ein rechter Beweis für seine Stellungnahme fehlt. Eckstein kann nur den Wunsch geltend machen, den Züchtigenden nicht zu bestrafen[2]).

Eingehender sind die Urteile, namentlich dasjenige des OLG. Naumburg[3]), das im Zentralblatt für Jugendrecht und Jugendwohlfahrt, 19. Jahrg., Nr. 5, S. 135 unter lobender Erwähnung abgedruckt ist. „Die Erfüllung der Erziehungspflicht liegt im öffentlichen Interesse. Das Züchtigungsrecht kann dabei vertretungsweise von Dritten, gegebenenfalls auch gegen den Willen des Erziehungsberechtigten nach den Grundsätzen der Geschäftsführung ohne Auftrag, insbesondere des § 679 ausgeübt werden. Die im Schrifttum und Rechtsprechung bestrittene Frage, ob Erwachsenen fremden Kindern gegenüber ein Züchtigungsrecht zusteht, ist von OLG. Naumburg bereits in einer früheren Entscheidung bejaht, und es ist aus dem Gesichtspunkt der Geschäftsführung ohne Auftrag ein abgeleitetes Züchtigungsrecht anerkannt worden. Bei einer nochmaligen Prüfung der Frage hat der Senat keinen Anlaß gefunden, von der in dieser Entscheidung ausgesprochenen und auch von anderen Oberlandesgerichten geteilten Auffassung abzugehen, zumal diese auch einem praktischen Bedürfnisse und dem allgemeinen Rechtsbewußtsein und Rechtsempfinden entspricht. Danach hat auch ein Dritter in Fällen, in denen Ungezogenheiten und Verfehlungen von Kindern sofortige Bestrafung erfordern und der nach dem Gesetz Erziehungsberechtigte nicht sofort erreichbar ist, an Stelle des Berechtigten ein Züchtigungsrecht, wenn für ihn ein Grund zum Einschreiten vorliegt und den Umständen nach angenommen werden muß, daß der Erzieher zustimmen würde oder bei pflichtmäßigem Ermessen zustimmen müßte. Aber selbst wenn dem Beklagten bekannt gewesen wäre, daß der Privatkläger seine Zustimmung versagte, würde dem Angeklagten doch in entsprechender Anwendung des § 679 ein Züchtigungsrecht zuzubilligen sein, da dem Erziehungsrecht eine Erziehungspflicht des Vaters gegenübersteht und die Erfüllung dieser Pflicht im öffentlichen Interesse liegt. Der Inhaber der elterlichen Gewalt ist nicht nur dem Kinde gegenüber, sondern auch der Allgemeinheit gegenüber verpflichtet, sein Erziehungsrecht in geeigneten Fällen auszuüben, da die anderen Leute verlangen

[1]) GA. 56, 284.

[2]) Ähnlich Heimberger VDA. IV, S. 1ff. De lege ferenda und Ahlers GA. 84, S. 237 zu OLG. Hamburg.

[3]) Vom 29. 10. 1924.

können, daß sie vor Unarten und Verfehlungen der Kinder geschützt werden. Ein solches öffentliches Interesse ist aber nicht nur dann gegeben, wenn durch die Zuchtlosigkeiten der Kinder die öffentliche Ordnung und das sittliche Empfinden der Allgemeinheit verletzt werden, sondern auch dann, wenn sich die Ungezogenheiten gegen einzelne Personen richten, denn es läßt sich auch ein öffentliches Interesse daran, daß der einzelne jeweils Verletzte Ungezogenheiten von Kindern gegenüber nicht wehrlos ist, nicht in Abrede stellen." Die gleiche Stellungnahme findet sich in den Urteilen des OLG. Breslau[1]), Frankfurt[2]), Hamm[3]), Hamburg[4]), Kolmar[5]), Naumburg[6]).

Bei kritischer Betrachtung dieser Ansichten ergeben sich jedoch Bedenken gegen die Verwendbarkeit des § 679. Ein der Geschäftsführung entgegenstehender Wille soll unter drei Voraussetzungen außer Betracht bleiben.

Einmal muß es sich handeln um eine Pflicht des Geschäftsherrn und zwar ist hierunter gemäß dem sonstigen Sprachgebrauch des BGB eine rechtliche Pflicht zu begreifen, wobei diese „rechtliche Pflicht dann allerdings im weitesten Sinne zu nehmen ist[7])". Nun ist in § 1631 und § 1634 BGB unbestreitbar mit dem Erziehungsrecht auch eine Erzieziehungspflicht sanktioniert. Weiterhin spricht Art. 120 der Reichsverfassung aus, daß die Erziehung des Nachwuchses zu leiblicher, seelischer und gesellschaftlicher Tüchtigkeit oberste Pflicht der Eltern ist[8]). In all diesen Gesetzesbestimmungen tritt deutlich ein pflichtgebundenes Recht der Eltern zutage, das unverzichtbarer Art ist[9]). Mit diesem Erziehungsrecht ist zugleich ein Recht verknüpft, das den Vater in den Stand setzt, angemessene Zuchtmittel gegen das Kind anzuwenden. Und man wird weiter aus dem pflichtgebundenen Recht zu folgern haben, daß der Vater auch angehalten sein soll, Erziehungsmaßnahmen nach pflichtgemäßer Erwägung im Falle von Ungezogenheiten und

---

[1]) Breslau, JW. 1923, 310 (Keiler).

[2]) Frankfurt v. 20. 11. 1913 in LZ. 1914, 1143. „Müßte man trotzdem dritten Personen ein Züchtigungsrecht zubilligen unter Anwendung des Rechtsgedanken des § 679, da die Erfüllung der Züchtigungspflicht im öffentlichen Interesse liegt."

[3]) Hamm v. 4. 10 1922, JW. 1924, 1788.

[4]) Hamburg v. 8. 12. 1913 in LZ. 1914, 601. „Geschäftsführung ohne Auftrag, wobei jedoch § 679 insbesondere heranzuziehen ist . . . Ein solcher entgegenstehender Wille kommt aber nach § 679 nicht in Betracht, wenn eine Pflicht des Geschäftsherrn, deren Erfüllung im öffentlichen Interesse steht, in Frage ist."

[5]) Kolmar v. 25. 1. 1916 in LZ. 1916, 635. „Eine etwaige pflichtwidrige Verweigerung der Zustimmung kann nach § 679 wegen des entgegenstehenden öffentlichen Interesses nicht in Betracht kommen."

[6]) Naumburg v. 24. 4. 1909 in Warn. Jahrb. 1909, 69 ff. „Insoweit läßt sich auch § 679 analog verwerten, insbesondere dahin, daß ein entgegenstehender Wille des Erziehungsberechtigten nicht in Betracht kommt." (Warum analoge Anwendung?) Naumburg v. 20. 11. 1913 in LZ. 1914, 1143.

[7]) Zitelmann, S. 113.

[8]) Vgl. auch Jugendwohlfahrtsges. § 1, worin neben dem privatrechtl. Anspruch des Kindes auf Erziehung ein öffentlich-rechtl. Anspruch gegen den Staat zum Ausdruck kommt.

[9]) R.G. in 33, 33 und in JW. 1925, 2115.

Flegeleien anzuwenden. Es ist aber eine zu weitgehende Folgerung, wenn behauptet wird[1]), der Vater sei verpflichtet, körperliche Züchtigung als Erziehungsmaßnahme zu gebrauchen. Es ist ein Fehler, wenn Erziehungspflicht und Pflicht zur körperlichen Züchtigung gleichgesetzt wird. Zu dieser Annahme berechtigt nichts, weder der Gesetzestext noch allgemeine Erörterungen. Es soll möglichst gut erzogen werden, worin aber die Erziehungs- und Zuchtmittel bestehen, ist dem pflichtgemäßen Ermessen der Eltern überlassen. Sie sollen selbst die geeignetsten Mittel und Wege unter Berücksichtigung der individuellen Eigenart ihrer Kinder finden, und geradezu vermessen wäre es, die Behauptung aufzustellen, ein Vater, der aus wohlüberlegten pädagogischen Gründen die Prügelstrafe als Erziehungsmittel ablehnt, würde seiner gesetzlichen Erziehungspflicht nicht nachkommen.

An der Feststellung, daß Erziehungspflicht nicht gleichzusetzen ist mit Züchtigungspflicht, scheitert die Anwendung des § 679. Denn, wenn für den Vater gar keine Züchtigungspflicht besteht, so ist es begrifflich unmöglich, daß ein Dritter im Auftrag bloßer Geschäftsführung diese — in Wirklichkeit nicht bestehende — Pflicht wider den Willen des Erziehungsberechtigten erfüllen kann und darf, weil an ihrer rechtzeitigen Erfüllung ein öffentliches Interesse bestünde[2]).

Auch gegen das Gegebensein der beiden anderen Erfordernisse des § 679 ist Stellung genommen worden. Es ist vielfach geleugnet worden, daß die Erfüllung der Erziehungspflicht im öffentlichen Interesse liege. Der Streit geht in erster Linie nicht um die Frage nach dem öffentlichen Interesse an der Erziehung überhaupt. Auch diejenigen, die die Heranziehung von § 679 ablehnen, sind einsichtig genug, ein Interesse des Staates an der heranwachsenden Jugend nicht zu verkennen[3]). Es wäre in der Tat auch ein Unding, ein öffentliches Interesse an der Erziehung der Jugend zu leugnen. Dafür spricht unsere heutige Rechtsordnung eine zu beredte Sprache. Es sei nur auf den Artikel 120 der Reichsverfassung hingewiesen und auf die Bestimmungen des Jugendwohlfahrtsgesetzes, ferner an §§ 1631, 1634, 1666 BGB erinnert, wonach die Sorge für die Kinder zwar zunächst den Eltern zukommt, aber bei Gefährdung des geistigen oder leiblichen Wohls der Zöglinge das Vormundschaftsgericht von Amts wegen einzugreifen hat. Weiterhin zeigt sich die staatliche

---

[1]) E. Kaufmann, S. 33.

[2]) Oetker, Gerichtssaal 87, S. 422; Kleinfeller GA. 64, S. 233; Voltz, S. 359; Geider, S. 30 und weitere ablehnende Ansichten; OLG. Posen v. 30. 4. 1910 in GA. 60, 164.

[3]) Geider, S. 29; Brügmann, S. 74; Donner, S. 78; Voltz, S. 359; OLG. Posen v. 30. 4. 1910 in GA. 60, 164. „Rechtsirrig ist jedenfalls die Erwägung, daß die im Elternrecht begründete Verpflichtung, die Kinder in gewissen Fällen in Ausübung des Erziehungsrechts zu züchtigen, eine Pflicht ist, die im öffentlichen Interesse liegt. Vielmehr ist davon auszugehen, daß das in den §§ 1631 und 1634 den Eltern gewährte Recht und die damit verbundene Verpflichtung ihre Kinder zu erziehen, ihnen lediglich im Interesse und zum Nutzen des Kindes gegeben ist, daß dagegen eine Verpflichtung der Eltern zur Züchtigung der Allgemeinheit gegenüber, also im öffentlichen Interesse nicht besteht. Diese Ansicht geht zweifellos zu weit."

Einflußnahme an sozialen Einrichtungen wie Jugendamt, Schutzaufsichtsbehörde, Fürsorgeerziehung.

Der Streit geht namentlich um die Bedeutung des öffentlichen Interesses, um das Verhältnis, in welchem dieses öffentlich eInteresse zu dem Interesse des Kindes steht. Die genannten Autoren führen aus: das pflichtgebundene Erziehungsrecht sei den Eltern vor allem im Interesse des Kindes gegeben. Das Erziehungsinteresse des Kindes an sich gehe bei weitem dem öffentlichen Interesse vor. Gegen diese Ansichten wendet sich Kaufmann[1]) energisch: er stellt das öffentliche Interesse in den Vordergrund.

Unseres Erachtens ist es ein müßiger Streit, ob nun das Erziehungsinteresse des Kindes an sich selbst oder das öffentliche Interesse überwiegend ist. Feststeht, daß ein starkes öffentliches Interesse an der Heranbildung des Nachwuchses besteht. Letzteres dürfte zur Anwendbarkeit des § 679 ausreichend sein (eine Verpflichtung des Geschäftsherrn vorausgesetzt). Es ist in § 679 mit keinem Worte auch nur angedeutet, daß das öffentliche Interesse einem etwa vorhandenen anderen Interesse gegenüber weit in den Vordergrund treten müsse. Wenn Zitelmann[2]) ausführt „der Ausdruck ist einengend auszulegen", so will er damit nicht etwa gesagt haben, daß ein starkes überwiegendes oder gar alleiniges öffentliches Interesse vorhanden sein müsse. Vielmehr will er, wie aus seinen folgenden Sätzen klar hervorgeht, lediglich zum Ausdruck bringen, daß ein durch besondere Umstände gegebenes stärkeres öffentliches Interesse vorliegen müsse, gegenüber dem allgemeinen öffentlichen Interesse, welches selbstverständlich an der Erfüllung einer jeden Rechtspflicht, welchen Inhalts sie auch sei und welchem Rechtsteil sie angehöre, besteht.

In diesem Zusammenhang ist noch auf einen Schriftsteller einzugehen. Voltz[3]) zweifelt zwar nicht an der Einräumung des Erziehungsrechts an die Eltern auch im öffentlichen Interesse, hält es aber für angebrachter, den Eltern dieses Recht als in erster Linie im Interesse des Kindes und erst dann im öffentlichen Interesse verliehen anzusehen. „Daß der Staat an der heranwachsenden Jugend interessiert ist, kann nicht geleugnet werden. Aber es geht zu weit, allein aus diesem Interesse für den einzelnen ein Recht herzuleiten, verletzend in fremde Interessen eingreifen zu dürfen." Was Voltz mit diesem Satz sagen will, ist nicht recht einzusehen. Es handelt sich doch in diesem Zusammenhang nicht darum, — wenigstens nicht unmittelbar — ein Erziehungsrecht für den einzelnen zu begründen, sondern darum, ob wegen eines bestehenden öffentlichen Interesses ein der Geschäftsführung entgegenstehender Wille des Vaters als Geschäftsherr unberücksichtigt bleiben kann. Voltz' Argument könnte allerdings verwendet werden, um gegen diejenigen zu Felde zu ziehen, die aus einem allgemeinen öffentlichen Erziehungsrecht eine Züchtigungsbefugnis des einzelnen begründen wollen (S. 20), hier aber ist es nicht am Platze.

[1]) E. Kaufmann, S. 34.
[2]) S. 114.
[3]) S. 359.

Die dritte Voraussetzung, woran die Nichtberücksichtigung des entgegenstehenden Willen des Geschäftsherrn geknüpft ist, besteht darin, daß die in Frage stehende Pflicht ohne das Eingreifen nicht rechtzeitig erfüllt werden würde. Auch betreffs dieses Punktes bestehen Kontroversen, wie im Gegensatz zu Kaufmann festgestellt werden muß.

Zitelmann[1]) legt diesem Erfordernis erhöhte Bedeutung zu. „Gerade seine Eingrenzung ist sorgfältig zu beachten." Seine Stellungnahme zu unserer Frage ist folgende: „Der Züchtigende mag die Erziehungspflicht des Vaters erfüllen, und sicher liegt die Erfüllung im öffentlichen Interesse; tat er es aber gegen den Willen des Vaters, so kann er sich auf § 679 nicht berufen, denn der Vater kann seiner Erziehungspflicht auch durch spätere Anwendung von Zuchtmitteln noch genügen. Man darf nicht sagen, daß ohne das Eingreifen des Dritten die Pflicht des Vaters „nicht rechtzeitig erfüllt werden würde". Der gleichen Meinung geben Ausdruck Ahrens[2]), Brinkmann[3]), Geider[4]), Voltz[5]), Köhler[6]), Kulemann[7]).

Die Stimmen der gegenerischen Auffasung sind allerdings auch zahlreiche. E. Kaufmann[8]), Havenstein[9]), Schaeffer[10]), v. Schwarze[11]), Rotering[12]), und Kleinfeller[13]).

Diese Gegenmeinung macht aber den Fehler, daß sie in die Entscheidung pädagogische Erwägungen allgemeiner Art hereinzieht. So Kaufmann[8]): „Es muß festgestellt werden, daß gerade im Interesse der Erziehung alles an einer Züchtigung auf der Stelle liegt. Das Kind wird bei einer späteren Züchtigung sehr oft gar nicht mehr recht wissen, wofür es gestraft wird. Von augenblicklichen Eindrücken und Vorstellungen wird die Seele des Kindes beherrscht. Leicht könnte es die Bestrafung als grundlos und ungerecht ansehen, Mißtrauen und Furcht vor dem Gewalthaber bekämen Nahrung." Und Kleinfeller[13]): „Der erzieherische Eingriff ist immer am wirksamsten, ja sehr häufig allein wirksam, wenn er sofort erfolgt." Diese Ausführungen erscheinen schon vom pädagogischen Standpunkt aus zweifelhaft. Daß „Mißtrauen und Furcht vor dem Gewalthaber entstünden und die Bestrafung als grundlos und ungerecht" seitens des Kindes angesehen wird, erscheint doch wohl etwas übertrieben. Ein erziehungsbewußter Vater wird seinem Zögling stets klar machen, warum und weswegen er ihm eine Lektion erteilt. Allerdings ist vom pädagogischen Standpunkt aus zuzugeben, daß die Erziehungshandlung, die der Zuchtlosigkeit unmittelbar auf dem Fuße folgt, die wirksamste ist. Dieser Vorteil wird jedoch möglicherweise durch den Nachteil aufgehoben, daß der Fremde mit der Eigenart des

---

[1]) S. 115.
[2]) S. 32, Anm. 2 a. E.
[3]) S. 37.
[4]) S. 30.
[5]) S. 359.
[6]) § 32 I, 5: „Eine Züchtigung kommt immer noch zur Zeit, wenn sie in den nächsten Tagen (?) nach Kenntnis des Gewalthabers erfolgt."
Vgl. ferner die Entscheidungen des OLG. Kiel in Z. 44, 275; Hamburg GA. 63, 134; Rostock GA. 27, 369.
[7]) Z. 11, S. 340.
[8]) S. 34.
[9]) S. 255.
[10]) S. 43.
[11]) S. 627.
[12]) S. 63.
[13]) S. 233.

Kindes nicht vertraut ist und sich in seiner ersten Entrüstung über die Unart zu einer „Erziehungshandlung" hinreißen läßt. Erwägt man diesen Umstand, dann entfällt die Behauptung, „eine spätere Züchtigung durch den Erziehungsberechtigten verfehle ihren Zweck vollkommen und könne nicht mehr als rechtzeitige Erfüllung der Erziehungspflicht angesehen werden". Soweit die pädagogische Seite.

Unter rechtlichem Gesichtspunkt betrachtet kann die gegnerische Meinung auch nicht als zu Recht bestehend betrachtet werden. „Der entgegenstehende Wille bleibt unbeachtet, wenn ohne das Eingreifen des Geschäftsführers ‚Gefahr im Verzug' vorläge und darum eine Unaufschieblichkeit des Eingreifens"[1]). So legt Zitelmann mit Recht die Ausdrucksweise des Gesetzes „nicht rechtzeitig erfüllt worden wäre" aus. Eine derartige Gefahr besteht aber dann noch nicht, wenn die Pflicht jetzt besser — worüber, wie oben ausgeführt, sich auch noch streiten läßt — durch den Fremden als später durch den mit der Eigenart des Kindes vertrauten Erziehungsberechtigten erfüllt werden kann. Allgemeine pädagogische Erwägungen sind Zweckmäßigkeitsfragen, die aber keinesfalls geeignet sind, Auskunft zu geben, ob der rechtliche Begriff „Gefahr im Verzug" gegeben ist.

An diesen Feststellungen scheitert unbedingt die Annahme des „Universalmittels", des § 679. Zusammenfassend sei nochmals betont, daß zwar ein starkes öffentliches Interesse an der Erziehung des Kindes durch die Eltern besteht, daß wohl eine Erziehungspflicht im heutigen Recht, aber keine Züchtigungspflicht der Eltern statuiert ist und daß schließlich diese Erziehungspflicht sehr wohl rechtzeitig seitens des Erziehungsberechtigten nach der begangenen Ungezogenheit geübt werden kann.

Die Schwierigkeiten, die sich daraus ergeben, daß ein unverständiger, bei Unarten der Kinder seiner Erziehungspflicht nicht genügender Vater dem Eingreifen dritter Personen widerspricht oder später Strafantrag stellt, hat man ferner dadurch zu umgehen versucht, daß man unter Heranziehung der Geschäftsführung ohne Auftrag der gegen den Willen[2]) des schlechten Vaters erfolgten Züchtigung die Widerrechtlichkeit nahm, indem man behauptete, es würde geriert werden für den „normalen", „verständigen", „idealen" Vater.

Eine negotio gestio für diesen normalen Vater hat vor allem Binding[3]) angenommen. Er führt aus: „endlich zeigt die tägliche Beobachtung, daß eine negotiorum gestio, aber nicht für den wirklichen, vielleicht höchst verderbten, sondern für den normalen Vater durch . . . Züchtigung gegen eine außerhalb des Hauses zuchtlos auftretende Jugend nicht nur geübt wird, sondern in bestimmtem Umfang geübt werden muß" und weiter: „man darf in diesem Zusammenhang nicht vergessen, daß es

---

[1]) S. 113, 115.

[2]) Wiederum gleichgültig, aus welchem Grunde der Vater die Züchtigung ablehnt, als schlechter Erzieher, oder weil er aus wohlerwogenen pädagogischen Erwägungen heraus, zwar die Flegeleien nicht billigt, aber die körperliche Züchtigung überhaupt ablehnt.

[3]) S. 800.

— erkennt man dieses Recht nicht an — vielfach an einer Züchtigungsinstanz ganz fehlen wird und daß davon nur die Zuchtlosigkeit den Vorteil zieht“[1]).

Auch Delius[2]) weist in seiner Abhandlung auf den verständigen Vater hin; ähnlich Kulemann[3]).

Ferner findet sich ein Urteil des OLG. Jena[4]). Hier wird gleichfalls die Konstruktion des verständigen Vaters herangezogen, um der gegen den Willen des Vaters erfolgten Züchtigung die Rechtswidrigkeit zu nehmen. Diesem „verständigen Vater“ muß daran liegen, „daß, wenn er selbst den Unfug nicht wehren kann, andere ihn vertreten und dafür sorgen, daß seine Last nicht vergrößert, sondern der Unfug, der sie hervorruft, möglichst vermieden wird“.

Auch bei diesen Konstruktionen tritt deutlich das Bestreben hervor, einerseits im Interesse der Aufrechterhaltung von Zucht und Ordnung Flegeleien zu bekämpfen und andererseits den Züchtigenden vor dem Strafparagraphen zu bewahren. So namentlich Binding in der zitierten Anmerkung. Aber der eingeschlagene Weg kann nicht gut geheißen werden. Es geht nicht an, die Normen des BGB über die auftraglose Geschäftsführung, die es zulassen, ein Geschäft für eine wirkliche, tatsächlich vorhandene Person gemäß ihrem wirklichen oder immerhin mutmaßlichen Willen zu besorgen, in einem an sich berechtigten Bestreben dahingehend zu verwässern, daß an Stelle des realen dominus eine bloß vorgestellte ideale, normale Denkfigur tritt. Für Bindings Auffassung läßt sich eine Begründung aus dem Gesetz nicht herleiten. Deshalb kann dieser Konstruktion vom Standpunkt geltender Rechtsnormen nicht beigetreten werden[5])[6]).

Bindung hat bei seinen Ausführungen nicht nur den normalen Vater im Auge, sondern erkennt auch eine Geschäftsführung ohne Auftrag für die Allgemeinheit, die Gesellschaft, den Staat an. Im Anschluß an ihn läßt sich Schaeffer[7]) ähnlich aus. „Denn . . . die Allgemeinheit hat ein Recht auf Erfüllung der Erziehungspflicht in dringenden Fällen, damit

[1]) § 154, Anm. 37.
[2]) Ges. und Recht VII, S. 149.
[3]) S. 341ff.
[4]) Entscheidung v. 4. 12. 1912 in GA. 60, 498. In der Begründung wird von Stellvertretung gesprochen. Stellvertretung ist aber wohl nicht im technischen Sinn gemeint. Nach dem Gesetz, § 164 BGB, ist eine „Stellvertretung“ nur bei Abgabe und Annahme von Willenserklärungen begrifflich möglich. Es liegt wohl nur eine bloße Inkorrektheit des Ausdrucks vor: „Stellvertretung“ statt „auftraglose Geschäftsführung“.
[5]) Der gleichen Meinung sind Voltz, S. 357; Geider, S. 32; Hahne, S. 69; E. Kaufmann, S. 33; J. Kaufmann, S. 100; Hubrich, S. 222; Finger II, S. 115.
[6]) Nebenbei sei darauf hingewiesen, daß die Konstruktion auch de lege ferenda wohl kaum in Frage kommen kann. U. E. scheint es nicht richtig, den Satz aufzustellen, daß jede Flegelei jedes Kindes als Folge ein gewisses Maß von körperlicher Züchtigung auslösen muß. Es scheint wiederum vermessen, daß derjenige Vater, der nach diesem Schema vorgeht bzw. dieses Vorgehen anderer Personen in seinen Willen aufnimmt, „idealer“ sei als derjenige, der, die Körperstrafe als Erziehungsmaßregel überhaupt verwerfend, bei Lausbubereien andere Mittel gegen seine Kinder anwendet.
[7]) S. 43.

unser Gemeinwesen nicht geschädigt wird durch die Unflätigkeit der unerzogenen Jugend. Ein etwa entgegenstehender Wille würde dabei analog (?) § 679 nicht in Betracht kommen." Ferner Rotering[1]) „es soll eben, wenn die Staatsgewalt nicht vertreten, der Inhaber der Zuchtgewalt nicht anwesend ist oder nicht eingreifen will, jeder Volksgenosse berufen sein, die Rechts- und Friedensordnung im Wege der Züchtigung aufrecht zu erhalten". Zu bemerken ist dazu, daß Rotering als Voraussetzung des Züchtigungsrechts aufstellt: „daß ein die Rechts- und Friedensordnung störendes Verhalten bereits in Erscheinung getreten ist. Da es sich aber immer nur um die ‚Abwehr' von Ungezogenheiten handelt, muß die Ungezogenheit die künftige Besorgnis der Fortdauer oder sofortiger Wiederholung erwecken." Der erste Satz ist selbstverständlich und damit überflüssig. Der zweite Satz beweist, daß Rotering das in Frage stehende Problem verkannt hat. Gegen Abwehr von Ungezogenheiten haben wir das Rechtsinstitut der Notwehr. Unsere Frage geht aber darum, was nach beendetem Angriff mit den zuchtlosen Straßenflegeln geschehen soll[2]). Der gleichen Auffassung ist auch das OLG. Jena[3]): nachdem es eine Rechtfertigung der Züchtigung auf öffentlich-rechtlicher Grundlage gegeben hat, führt es aus: „Zucht und Ordnung in dem heranwachsenden Geschlecht zu schaffen, wird immer mehr als Aufgabe der Allgemeinheit angesehen und immer mehr gebilligt, ja gefordert, daß auch der einzelne seinen Teil dazu beiträgt. Wo der einzelne sieht, daß Vernachlässigung eintritt und andere Mittel nicht zur Hand sind, muß er auch selbst eingreifen."

Gegen diese Konstruktion ist das gleiche anzuführen wie gegen die Annahme einer auftraglosen Geschäftsführung für den idealen Vater. Es kann nicht als gelungen angesehen werden, an Stelle der im Gesetz angeführten bestimmten Person mit einer bestimmten Willensrichtung unfaßbare, unbestimmte, abstrakte Begriffe wie Allgemeinheit, Gesellschaft und Staat einzuführen.

Ferner spricht ein weiteres Argument gegen diese Spielart der auftraglosen Geschäftsführung. Es wird nicht abgestritten, daß „Zucht und Ordnung im heranwachsenden Geschlecht zu schaffen, immer mehr als Aufgabe der Allgemeinheit angesehen und immer mehr gebilligt wird". An Zucht und Ordnung, an ordentlicher Erziehung hat der Staat ein großes Interesse; dieses geht sogar so weit, daß der Staat es sich selbst zur Aufgabe macht, die Erziehung der heranwachsenden Generation in die Hand zu nehmen. Aber das nur unter ganz bestimmten Voraussetzungen, wie die einschlägigen Gesetzesbestimmungen des BGB und des Jugendwohlfahrtsgesetzes zeigen. Solange aber diese bestimmten Voraussetzungen nicht eingetreten sind, ist der Staat „desinteressiert". Solange besteht für ihn keine Befugnis zur Erziehung, keine Angelegen-

[1]) S. 61, 63, 65.

[2]) Übrigens nimmt Rotering diese Denkfigur der auftraglosen Geschäftsführung für den Staat nur subsidiär an, da nämlich, wenn eine Rechtfertigung mangels „vorhandener oder vermuteter (!) (vgl. S. 45ff.) Einwilligung" des Inhabers der Zuchtgewalt nicht eingreifen kann.

[3]) Entscheidung v. 4. 12. 1912 in GA. 60, 499.

heit, die für ihn in auftragloser Geschäftsführung erledigt werden könnte. Erst von dem Augenblick ab, in dem jene Voraussetzungen eingetreten sind, wäre eine Geschäftsführung ohne Auftrag für den Staat, für die Gesellschaft denkbar. Aber vorher nicht! Und auch dann noch erscheint die Berechtigung des Eingreifens irgend eines Volksgenossen zweifelhaft. Treten die bestimmten Voraussetzungen ein, so sind zur Wahrung der Disziplin staatliche Organe zum Einschreiten berufen, der einzelne Volksgenosse ist darauf beschränkt, deren Tätigkeit anzuregen.

§ 9. Ausschluß der Rechtswidrigkeit durch Einwilligung des Verletzten.

Als weiterer Rechtfertigungsgrund der Züchtigung ist der Gesichtspunkt der Einwilligung des Verletzten herangezogen worden.

Das Gesetz gibt für diesen Unrechtsausschließungsgrund keinerlei Anhaltspunkte, und so kommt es, daß „die Einwilligung des Verletzten als Rechtfertigungsgrund überhaupt in ihrem Begriff, ihren Voraussetzungen und Anwendungsgebiet nach gleich bestritten ist“[1]). Es ist erklärlich, daß bei der Heranziehung dieses Gesichtspunkts zur Züchtigungsfrage gleichfalls eine erhebliche Fülle von Zweifelsfragen aufgetaucht sind, um so mehr als auf die Frage nach dem Verletzten die Antwort lauten kann: das Kind, aber auch die Eltern als Erziehungsberechtigte.

Theoretisch sind drei Möglichkeiten vorhanden, die Einwilligung mit der Frage nach der Berechtigung der Züchtigung fremder Kinder in Verbindung zu bringen. Es ist im Interesse einer klaren Darstellung geboten, jede dieser Möglichkeiten von den anderen getrennt zu halten und zum Gegenstand besonderer Untersuchungen zu machen.

„Einwilligen“ können einmal das gezüchtigte Kind, und ferner kann eine Einwilligung seitens der Eltern in Frage stehen. Letztere ist wiederum in doppelter Form denkbar: einmal können die Eltern als gesetzliche Vertreter an Stelle des geschäftsunfähigen oder beschränkt geschäftsfähigen verletzten Kindes oder zum zweiten als Träger des „Erziehungsmonopols“ ihre Einwilligung erklären.

Bevor auf die speziellen bei der Züchtigung auftauchenden Fragen eingegangen und eine eigene Stellungnahme dazu versucht wird, erscheint es angebracht, in großen Zügen den Stand der Meinungen über die „Einwilligung des Verletzten“ als Unrechtsausschließungsgrund bei der Körperverletzung überhaupt anzuführen.

Eine von einer großen Anzahl von Autoren vertretene Meinung hält die Einwilligung für geeignet, die Rechtswidrigkeit bei allen Arten von Körperverletzungen auszuschließen[2]).

Dagegen nimmt das Reichsgericht in ständiger Rechtsprechung in Übereinstimmung mit anderen Schriftstellern an, daß die Einwilligung in jede Art von Körperverletzung, leichte und schwere, die Rechts-

[1]) Gerland VDA. II, S. 508.

[2]) Binding, S. 724; I, S. 44; II. S. 699. Meyer-Allfeld S. 494, M. E. Mayer, S. 291; Gerland, S. 367; Olshausen, § 223, 9a und dort weitere Nachweise.

widrigkeit nicht beseitigt. Dies ist ausdrücklich in den Entscheidungen 2, 442; 6, 61; R. 07, 651 ausgesprochen und u. a. damit begründet, daß der Gesetzgeber nirgends die Einwilligung als Strafausschließungsgrund bezeichnet habe und daraus, daß die Einwilligung nur bei der Tötung berücksichtigt sei (§ 216 StGB), sich ergebe, daß ihr überall sonst eine rechtliche Wirkung nicht beigelegt werde.

Dieser weitgehenden Annahme stehen zunächst einmal die Tatsachen des Lebens entgegen. Man denke nur an Haarschneiden, Ohrfeigen auf der Bühne und im Zirkus, Schlägereien spielender Knaben und Ringkämpfe. Sodann ist die Beweisführung des Reichsgerichts eine sehr wenig überzeugende. Denn wenn auch § 216 für die Tötungsdelikte eine einschlägige Bestimmung enthält[1]), so läßt sich daraus noch nicht folgern, daß bei anderen Delikten die Einwilligung rechtlich bedeutungslos sei. Vom rein logischen Standpunkt aus ist die umgekehrte Folgerung, daß die Einwilligung bei allen übrigen Delikten die Rechtswidrigkeit beseitige, ebenso berechtigt[2]).

Das Reichsgericht selbst ist wohl von der Unangreifbarkeit seines Dogmas nicht recht überzeugt. Es erscheint fraglich, ob der Gerichtshof heute noch seiner ablehnenden Auffassung in ihrer ganzen Tragweite zustimmen würde[3]). Jedenfalls haben zwei spätere Entscheidungen die Frage offen gelassen[4]). Überdies erkennt das Reichsgericht in seinen Entscheidungen der Einwilligung zu ärztlichen Eingriffen unrechtausschließende Kraft zu[5])[6]).

Neben diesen beiden extremen Meinungen steht eine vermittelnde, die namentlich vertreten wird von Mezger[7]), Merkel[8]), Wachenfeld[9]), Honig[10]), v. Bar[11]), Liszt[12]), Allfeld[13]), Frank[13]), LzK.[14]). Diese Lehre entspricht dem natürlichen Rechtsgefühl und Rechtsempfinden; ihr ist der Vorzug zu geben.

Die Rechtswidrigkeit einer Verletzung wird durch die Einwilligung insoweit ausgeschlossen, als die Rechtsordnung dem Träger des Rechtsguts die Verfügungsgewalt über dieses eingeräumt hat. Maßgebend hierfür ist, ob die Handlung vorzugsweise im Interesse der Allgemeinheit oder vorzugsweise im Interesse des unmittelbar Verletzten verboten ist. Letzterenfalls kommt der Einwilligung unrechtsausschließende Wirkung zu. Denn wenn bei Delikten, bei denen das in ihnen ausgesprochene Verbot sich nicht aus einem originären Interesse des Staates, sondern aus einem solchen, das dieser erst wiederum aus dem Interesse des un-

[1]) Beachte, daß dort von „ernstlichem Verlangen" nicht von Einwilligung geredet wird.
[2]) Hartmann, Grünhuts Z. 26, S. 253.
[3]) Die konkrete Sachlage war in den beiden Erkenntnissen besonders geartet: Tötungsversuch, Zweikampf.
[4]) Entscheidung 24, 369; 28, 213.
[5]) Entscheidung 25, 375; 38, 34.
[6]) Vgl. dazu namentlich die Ausführungen des Oberreichsanwalt in E. 25, 384 ff.
[7]) GS. 89, S. 270.
[8]) S. 170.
[9]) S. 132, 317.
[10]) S. 123, 126.
[11]) III, S. 58.
[12]) S. 204, 477.
[13]) S. 141.
[14]) S. 19.

mittelbar Betroffenen ableitet, dieser durch seine Einwilligung zeigt, daß er sich durch die Handlung nicht verletzt fühlt, so fehlt es auch an einem Interesse des Staates. Der Ausschluß der Rechtswidrigkeit beruht auf der durch die Einwilligung vollzogenen Preisgabe des Interesses. — Die Zugehörigkeit der einzelnen Delikte zu einer dieser beiden Gruppen kann allerdings Schwierigkeiten machen. Man wird aber einen allgemeinen Gesichtspunkt dahingehend aufstellen können, daß im Zweifel das einem Antragsdelikt zugrunde liegende Verbot nur im Interesse des Verletzten ergangen und damit einwilligungsfähig ist. Wir kommen also dahin, daß die Einwilligung des Leichtkörperverletzten rechtfertigende Bedeutung besitzt[1]).

Wir wenden uns nun den speziellen Fragen der Einwilligung des Verletzten bei der Züchtigung zu.

I. Die Einwilligung des Jugendlichen.

Zitelmann[2]) vertritt die Meinung, daß die Einwilligung ein Rechtsgeschäft sei und demzufolge ihre Gültigkeit nach bürgerlich-rechtlichen Regeln beurteilt werden müsse[3]). Es könne also nur der voll Geschäftsfähige rechtswirksam einwilligen.

Demgegenüber wird aber im Schrifttum auf die Tatsache hingewiesen, daß bereits dem 18jährigen die Befugnis zur Stellung eines Strafantrages zugebilligt ist. Es wäre widersinnig, einem solchen Menschen, dem damit die Fähigkeit, über eine erlittene Verletzung zu urteilen, zugesprochen ist, nicht auch die Fähigkeit zuzubilligen, von vornherein in die entsprechende Verletzung einzuwilligen. So findet denn auch Zitelmanns Ansicht allgemeine Ablehnung. Es wird zugegeben, daß die Einwilligung den Charakter eines bürgerlich-rechtlichen Rechtsgeschäfts hat, aber man stellt die Frage nach der Einwilligungsfähigkeit darauf ab, ob der Betreffende, in dessen Rechtssphäre eingegriffen wird, die genügende geistige und sittliche Reife und Urteilskraft besitzt, um der Bedeutung des Angriffs auf ein ihm gehörendes Rechtsgut und der Gestattung seiner Verletzung innezuwerden[4]).

Dieser herrschenden Meinung, die in der Einwilligung ein Rechtsgeschäft sieht, sie aber nicht den bürgerlich-rechtlichen Regeln unterstellt, haftet eine gewisse Inkonsequenz an. Entweder ist die Einwilligung ein Rechtsgeschäft, und dann muß sie konsequenterweise nach bürger-

[1]) In diesem Sinn: Mezger, S. 289; Sauer, S. 336; Liszt, S. 204, 477; Honig, S. 126; Fischer, S. 273; Frank, S. 141; Allfeld, S. 141; Dohna, Recht und Irrtum, S. 14f.; Vgl. namentlich die eingehende Begründung des OLG. Celle v. 10. 7. 1913 in GA. 63, 142, 146.

[2]) S. 48.

[3]) Früher ebenso Frank; Fischer, S. 271, 277 hält an der rechtsgeschäftl. Natur der Einwilligung fest, will sie aber nicht schablonenmäßig nach den gewöhnlichen Regeln über Rechtsgeschäfte behandelt wissen. Vgl. ferner die ausführlichen Darstellungen Manigks über die Rechtsnatur der Einwilligung in „Willenserklärung und Willensgeschäft", S. 527ff.

[4]) Kiehl GA. 54. 357; E. Kaufmann, S. 38; Gerland VDA. II, 121; LzK., S. 19; Frank, S. 140 und weitere Literaturnachweise; RG. 41, 392; 38, 34; 29, 398; 10. 372.

lich-rechtlichen Bestimmungen in ihren Voraussetzungen und Wirkungen behandelt werden, oder sie ist kein Rechtsgeschäft, und dann kann man ihr eigene Wirksamkeitsvoraussetzungen unterstellen. Wir schließen uns Voltz[1]) an, der mit der herrschenden Lehre die rechtfertigende Kraft der Einwilligung in der eben in Gestalt der Einwilligung sich vollziehenden Preisgabe des rechtlich geschützten Interesse sieht, sie aber als einen „bloß psychischen Tatbestand" ansieht, als eine bestimmte Willensrichtung des Einwilligenden, die, auch ohne daß sie in irgend einer Form nach außen in die Erscheinung getreten wäre, durch ihr bloßes Vorhandensein in dem Zeitpunkt der Tat rechtliche Wirkungen auslöst[2]).

Soweit die wissenschaftliche Darstellung der Einwilligung seitens des verletzten Jugendlichen. In der Praxis wird diese Konstruktion keine Rolle spielen, weil der Unerwachsene nie in die erfahrene Züchtigung einwilligen wird.

II. Die Einwilligung der Erziehungsberechtigten[3]).

Diese kann in doppelter Form in die juristische Betrachtung aufgenommen werden.

1. Besitzt der Unerwachsene nicht die zu einer wirksamen Einwilligung erforderliche Fähigkeit geistiger Reife und Urteilskraft, so erhebt sich die Frage, ob nicht der Vater als gesetzlicher Vertreter des Verletzten Knaben an dessen Stelle die Einwilligung erklären kann. Wir stoßen hier auf das äußerst strittige Problem der Stellvertretung bezüglich der strafrechtlich bedeutsamen Einwilligung. In der Literatur[4]) ist diese Frage meist im Zusammenhang mit der nach der Rechtmäßigkeit derjenigen ärztlichen Eingriffe behandelt worden, die an dem Kinde mit Einwilligung des gesetzlichen Vertreters vorgenommen werden.

Das Hauptargument, das hier gegen die Annahme der Rechtmäßigkeit der entsprechenden ärztlichen Handlung vorgebracht wurde, ist, es könne ein bedeutsamer Konflikt über die Notwendigkeit und Zweckmäßigkeit der vorzunehmenden Heilhandlung zwischen dem Willen des gesetzlichen Vertreters und dem heranwachsenden, bereits zur Einsicht gelangten Jugendlichen. Bei der Züchtigung jedoch ist die Sachlage eine andere. Während beim ärztlichen Eingriff weder der gesetzliche Vertreter noch der Jugendliche mangels Sachkunde sich ein maßgebendes Urteil erlauben können, beide nicht „Sachverständige" sind, kann im Falle der Züchtigung gar kein solcher Konflikt auftauchen, denn hier ist der gesetzliche Vertreter erziehungsberechtigt und demnach rechtlich und tatsächlich zum Einschreiten — auch gegen den Willen des Knaben — bestimmt. Sein Wille gibt bei einer „Meinungsverschiedenheit" den Ausschlag.

[1]) S. 370.
[2]) Ähnlich M. E. Mayer, S. 292.
[3]) Der Einfachheit halber soll hier nur vom Vater gesprochen werden; das über ihn Gesagte gilt entsprechend für sonstige gesetzliche Vertreter.
[4]) Vgl. Nachweise bei Gerland V.D.A. II, 504ff., auch Fischer, S. 276.

Damit ist das Hauptargument der Widersacher hinfällig. Es dürfte die Frage nach der rechtlichen Wirkung der Einwilligung des gesetzlichen Vertreters an Stelle des verletzten Knaben in bejahendem Sinne zu entscheiden sein[1]).

2. Einfacher ist die Rechtslage, wenn der Vater als Erziehungsberechtigter sein Züchtigungsrecht übertragen hat, entweder ausdrücklich oder stillschweigend (sogenanntes abgeleitetes Züchtigungsrecht).

In Literatur und Praxis ist man sich darüber einig, daß das Züchtigungsrecht zur Ausübung übertragbar ist. Das Erziehungsrecht und als dessen Ausfluß die Befugnis, angemessene Zuchtmittel zu gebrauchen, ist zwar als höchstpersönliches Recht nicht übertragbar. „Aber dadurch wird nicht ausgeschlossen, daß die Handhabang des Züchtigungsrechts von den Eltern einer anderen Person, sei es unter Einschränkung auf gewisse Fälle oder Zuchtmittel, sei es zur Ausübung nach eigenem Ermessen übertragen werden kann“[2]). Schranken sind dieser Übertragung der Ausübung nach nur durch die allgemeinen Gebote der Sittlichkeit und durch den Erziehungszweck gesetzt. Eine in diesen Grenzen erfolgte Züchtigung ist ebensowenig rechtswidrig, wie wenn sie seitens des Vaters geübt worden wäre[3]).

Diese Konstruktion ist in letzter Zeit dadurch besonders in den Vordergrund getreten, daß das Reichsgericht[4]) sächsische Lehrer, die entgegen dem ausdrücklichen Verbot des § 28 I, 2 des sächsischen Schulbedarfsgesetzes Schüler gezüchtigt hatten, unter der Begründung freigesprochen hat, „die Eltern hätten mit der Einschulung der Jungen den angeklagten Lehrern ihr Züchtigungsrecht übertragen und diese hätten nicht in ihrer Eigenschaft als Lehrer strafen, sondern ein übertragenes Züchtigungsrecht der Eltern ausüben wollen und ausgeübt. Möglicherweise haben sie sich disziplinarisch zu verantworten; strafrechtlich ist jedoch ihr Verhalten nicht zu beanstanden“[5]).

---

[1]) In dem gleichen Sinne entscheiden sich: Binding, S. 715; Gerland, S. 505; Klee G.A. 48, S. 346; Voltz, S. 371.

[2]) R.G. Entscheidung 61, 192 (33, 33).

[3]) V. Bar III, S. 65; Träger G.S. S. 94, 153; M. E. Mayer, S. 297, Anm. 5; Staudinger zu § 1631 BGB.; Geider S. 34.

[4]) Entscheidung v. 8.2.1927 in 61, 191 und v. 18.3.1927 in J.W. 1927, S. 2221, und zustimmend Conrad D.J.Z. 1927, 734 und v. Lilienthal J.W. 1927, 2221.

[5]) Vgl. ferner die älteren Entsch. OLG. Dresden 13. 6. 1901 in Annalen Bd. 22, 411. „Der Angeklagte hat zwar den Knaben vorsätzlich mißhandelt, es stand ihm aber ein abgeleitetes Züchtigungsrecht zu, dessen Voraussetzungen . . . daß er im Sinne der Eltern des gezüchtigten Knaben handle, hat nicht nur der Angeklagte als vorliegend angesehen, sondern sie haben auch in Wirklichkeit vorgelegen.“ Entscheidung OLG. Rostock v. 2. 11. 1889 in G.A. 37, 369. „Weil schon die Erwägung durchschlägt, daß, falls der Privatkläger sich noch in einem der Erziehung bedürftigen Alter befand, dem Gutsherrn bzw. dem mit der Beaufsichtigung der Arbeit betrauten Inspektor nach der stillschweigenden Intention des Inhabers der väterlichen Erziehungsgewalt die Ausübung der väterlichen Zucht in allen Fällen als mitübertragen zu gelten hat, in welchen das Interesse des Privatklägers solche pflichtgemäß als geboten erschienen ließ.“ Vgl. auch K.G.-Urteil v. 7. 10. 1919 in G.A. 69, 116.

Schütz[1]) macht mit Recht darauf aufmerksam, daß diese Konstruktion nur einen begrenzten Anwendungskreis besitzt. Es ist nämlich erforderlich, daß wenn auch die Übertragung stillschweigend erfolgen kann, so doch immerhin eine persönliche Fühlungnahme zwischen dem Züchtigenden und dem Vater vorauszusetzen ist, welch letztere nicht vorhanden ist in den Fällen, in denen der Züchtigende den Erziehungsberechtigten nicht kennt, auch keine Kenntnis von den Erziehungsgrundsätzen desselben besitzt. Die Übertragung des Züchtigungsrechts zur Ausübung ist eine an den Dritten gerichtete Willenserklärung, die einen bestimmten Anlaß und einen bestimmten Inhalt haben muß[2]), — eine allgemeine Willensdisposition, mit der Züchtigung seiner Kinder durch Dritte einverstanden zu sein, stellt keine Übertragung, keine Einwilligung dar, es kann ihr folglich auch keine die Rechtswidrigkeit ausschließende Wirkung beigemessen werden — und zu deren Rechtswirksamkeit Kenntnis und Annahme seitens des Züchtigenden begriffsnotwendig erforderlich ist.

Es sei noch mit einem Wort darauf hingewiesen, daß zwischen der Einwilligung, die der Vater als gesetzlicher Vertreter erteilt, und derjenigen, die er als Erziehungsberechtigter indirekt durch Übertragung des Züchtigungsrechts der Ausübung nach zum Ausdruck bringt, ein erheblicher Unterschied besteht. Bei der ersteren bedarf es lediglich — gerade so wie bei der Einwilligung des Jugendlichen selbst — eines inneren psychischen Moments, während es sich im zweiten Fall um eine an den Züchtigenden — wenn auch stillschweigend — gerichtete und von diesem angenomene Willenserklärung handelt.

Praktischen Wert haben auch diese beiden Spielarten der Einwilligungskonstruktion nicht. Entweder ist der Vater mit der Züchtigung seines Sohnes einverstanden, dann wird er keinen Strafantrag stellen, und die eben gekennzeichneten Fragen tauchen nicht vor dem Forum der Gerichte auf, oder er stellt den Strafantrag und gibt damit konkludent kund, daß die Züchtigung seinem Willen nicht entspricht. In letzterem Fall ist die Konstruktion der unrechtsausschließenden Kraft der Einwilligung nicht brauchbar.

Allerdings haben sich im Schrifttum[3]) Stimmen erhoben, die — in dem an sich zu begrüßenden Bestreben den Züchtigenden vor Strafe zu bewahren — einer Konstruktion „der vermuteten", „mutmaßlichen" Einwilligung des Vaters bzw. der sonstigen gesetzlichen Vertreter der Betroffenen das Wort reden. Denn „wenn mir der verständige Vater Dank weiß, dann muß ich davor geschützt sein, daß mich der unverständige Vater auf die Anklagebank bringt[4])".

Auch liegen eine große Anzahl von Erkenntnissen vor, die auf Grund

[1]) S. 369.
[2]) Honig, S. 155.
[3]) Hubrich, S. 224; Rotering, S. 62, 63; Schäffer, S. 43; Brinkmann, S. 36; Finger I, S. 64; auch Liszt früher; Allfeld, S. 140: „soweit im einzelnen Fall die Einwilligung der Eltern vermutet werden kann"; Schwarze G.S. 29, 613: „. . . der Täter in vermutigtem Einverständnis gehandelt hat".
[4]) Kulemann, S. 341.

der mutmaßlichen Einwilligung des gesetzlichen Vertreters zu einem freisprechenden Urteil gekommen sind[1])[2]).

Abgesehen davon, daß diese Konstruktion dann nicht weiterhilft, wenn der schlechte, seiner Erziehungspflicht nicht nachkommende Vater von vornherein der Züchtigung widerspricht oder seine Ablehnung der Züchtigung seiner Kinder dem Dritten bekannt ist, kann diese aus schwerwiegenden Gründen nicht anerkannt werden.

Ohne Rücksicht darauf, ob die Einwilligung tatsächlich vorliegt, soll die Körperverletzung dann rechtmäßig sein, wenn der Züchtigende annehmen konnte, oder angenommen hat, sein Eingreifen entspräche dem Willen des Vaters. Hubrich[3]) führt wörtlich aus: „Die Rechtmäßigkeit der Züchtigung beruht auf dem guten Glauben des Dritten, welcher schon durch die demselben bekannten Umstände erzeugt werden kann,

---

[1]) OLG. Kiel v. 5. 12. 1896 in G.A. 44, 275. „Zur Verurteilung würde mithin noch eine weitere tatsächliche Feststellung erforderlich sein, daß der Angeklagte nicht in der sich durch die Umstände begründenden Annahme gehandelt habe, der Vater des Gezüchtigten werde ‚einverstanden sein'." OLG. Dresden v. 12. 4. 1882 in Annalen Bd. 5, 27. „Ob seitens der Angeklagten unter den gegebenen Verhältnissen präsoniert werden konnte, bei der von ihr selbst ausgeführten Züchtigung im Sinne der Eltern zu handeln ist." V. 17. 12. 1884; Annalen Bd. 6, 407: „Unter der dreifachen Voraussetzung, daß erstens sofortige Züchtigung geboten, zweitens Notfall vorlag und endlich, daß seitens des Züchtigenden unter den gegebenen Verhältnissen präsoniert werden konnte, daß er im Sinne der Eltern des Kindes handle." V. 27. 2. 1902 in Annalen Bd. 23, 204: „Nimmt nun . . . in der Annahme, daß er damit nur dem Willen der Eltern entspreche ein Dritter usw. . . ." V. 19. 4. 1906 in Sächs. Arch. f. Rechtspflege Bd. 1, S. 547: „Abgesehen . . . ist zu fordern, daß der Züchtigende nach den gegebenen Verhältnissen annehmen durfte . . ." Ferner OLG. Naumburg v. 24. 4. 1909 in Warn. Jahrb. 1909, 69, v. 13. 1. 1916 in Warn. Jahrb. 1916, 17; OLG. Kolmar v. 2. 5. 1905 in Warn. Jahrb. 1907, S. 57; OLG. Breslau v. 2. 5. 1922 in J.W. 1923, 310.

[2]) OLG. Braunschweig v. 24. 11. 1903 in J.W. 1905, 752. „. . . So kann derjenige, der . . . in Stellvertretung des Vaters zu der diesem obliegenden Züchtigung schreiten. Solchenfalls ist davon auszugehen, daß der Vater seine Zustimmung nicht versagen würde, und ein dennoch entgegenstehender Wille desselben würde nicht in Betracht kommen in analoger (?) Weise, wie dies § 679 bei der Geschäftsführung ohne Auftrag anordnet." (Züchtigungsrecht in vermuteter Stellvertretung!) OLG. Frankfurt v. 20. 11. 1913 in L.Z. 1914, 1143. „Bei der zur Entscheidung stehenden Frage ist davon auszugehen, daß ein Vater nicht nur ein Züchtigungsrecht, sondern auch eine Züchtigungspflicht (?) hat, wenn seine Kinder Unarten begehen, durch welche dritte Personen belästigt werden. Daher darf vermutet werden, daß ein Vater . . . einer . . . Züchtigung seiner Kinder durch dritte Personen . . . zustimmen wird, wenn die sofortige Züchtigung angezeigt erscheint, und er selbst nicht zur Stelle ist. Sogar wenn im einzelnen Fall feststehen würde, daß der Gewalthaber seine Zustimmung versagt, müßte man trotzdem dritten Personen ein Züchtigungsrecht zubilligen, unter Anwendung des Rechtsgedankens des § 679, da die Erfüllung der Züchtigungspflicht wie gesagt im öffentlichen Interesse liegt." OLG. Hamm v. 4. 10. 1922 in J.W. 1924, 1788: „Die dritte Person wird daher in einem solchen Fall mutmaßen dürfen, daß der Vater die Ausübung des Züchtigungsrechts und der Züchtigungspflicht in seiner Stellvertretung durch sie zustimmt. Sollte aber auch der Vater einer solchen Ausübung der Züchtigung durch eine dritte Person nicht zustimmen und sollte auch diese Nichtzustimmung erkennbar sein, so würde das in analoger (?) Anwendung des in § 679 niedergelegten Rechtssatzes nicht in Betracht kommen . . ."

[3]) S. 224.

und wird dadurch nicht aufgehoben, daß der gute Glaube des Dritten infolge Unbekanntschaft desselben mit anderen Umständen ein irriger war.“ Ähnlich die anderen S. 45 Anm. 3 zitierten Schriftsteller. Man wird dabei berücksichtigen müssen, daß die betreffenden Abhandlungen durchweg älteren Datums sind, aber Allfeld[1]) schreibt das noch 1922. Es erscheint uns schlechthin unverständlich, wie die Vermutung, der gute Glaube, als rein subjektives Moment geeignet sein soll, die objektive Rechtswidrigkeit derZüchtigung auszuschließen. Die genannten Autoren sind auch nicht etwa der Ansicht, daß die subjektive Widerrechtlichkeit entfällt: nicht die Schuld, sondern die objektive Seite der Handlung, die objektive Rechtswidrigkeit soll aus dem angeführten Grunde ausgeschlossen werden. Die unter S. 46 Anm. 2 zitierten Erkenntnisse der OLG. Braunschweig, Frankfurt und Hamm sind noch unklarer und bedürfen ebenfalls einer ablehnenden Kritik. In diesen Urteilen wird der Gedanke der vermuteten Zustimmung bzw. der vermuteten Vertretung mit dem Gesichtspunkt der Geschäftsführung ohne Auftrag — in analoger Anwendung — vermengt, und mit dieser Begründung wird der Züchtigung die Rechtswidrigkeit abgesprochen!

Schon die Voraussetzungen derUrteile sind unrichtig. Wohl hat der Vater das Recht und die Pflicht zur Erziehung. Daß ihn aber im öffentlichen Interesse eine Pflicht zur körperlichen Züchtigung trifft, muß hier abermals ausdrücklich geleugnet werden[2]). Wir befinden uns in unserer ablehnenden Haltung gegenüber dieser Konstruktion des vermuteten Einverständnisses in Gesellschaft von Binding[3]), Ahrens[4]), Zitelmann[5]), Hegler[6]), Geider[7]), Oetker[8]).

Aus der Erkenntnis heraus, daß alle Konstruktionen, die bestrebt sind, von irgendwelchen einzelnen Rechtfertigungsgründen aus vorgehend — sowohl solchen des Strafrechts, wie solchen des öffentlichen und bürgerlichen Rechts — bei bestimmt gelagerten Fällen ihren Dienst infolge der Eigentümlichkeit derselben versagen, eine einheitliche Begründung aus dem geschriebenen und dem gewohnheitsrechtlichen Gesetz sich nicht erbringen läßt, hat man den Ausweg gewählt, auf das Wesen der Rechtswidrigkeit zurückgehend das Prinzip der Unrechtsausschließungsgründe zu erkennen und von dieser Basis aus zu einer

[1]) S. 198.

[2]) Vgl. die in dieser Hinsicht S. 34f. gemachten ausdrücklichen Einwendungen.

[3]) Handbuch, S. 800. „Nicht die vermutete Zustimmung der Eltern, denn es kann feststehen, daß diese nicht zustimmen würden . . .“ Grundr. II, 201. „Ganz verfehlt ist, dieses Züchtigungsrecht auf die vermutete Einwilligung der Eltern zu stützen, diese sind ja oft viel schlechter als ihre Kinder.“

[4]) S. 60ff.

[5]) S. 103. „Der wirklichen Einwilligung müsse gleichstehen die mutmaßliche Einwilligung. Dieser Grundsatz steht völlig beweislos da und ist in der Tat auch unbeweisbar.“

[6]) Z. 36, Anm. 45, 61: „Es ist in keiner Weise klar, wie dieses subjektive (Annahme des Täters, wenn auch fundiert, von allen Vernünftigen geteilt) und auf einen fingierten Fall (würde zugestimmt haben, wenn er die Sachlage gekannt hätte) abstellende Moment die Rechtswidrigkeit ausschließen soll.“

[7]) S. 38.

[8]) S. 423.

einheitlichen Lösung zu kommen, damit keine besonders gearteten Fälle übrigbleiben, in denen — obwohl eine maßvolle Züchtigung am Platze wäre — gerade infolge der konkreten besonderen Sachlage die Rechtswidrigkeit und damit die Strafe bliebe.

Diesen Weg haben eingeschlagen diejenigen, die mit dem „Prinzip des wahren Wohls" und mit dem „Prinzip des wahren Interesses" operieren, auch Oetker, der die Züchtigung fremder Kinder als „Mißbilligung" rechtlich mißbilligten Verhaltens vom Rechte als „gebilligt" ansieht.

§ 10. Die Züchtigung als Mißbilligung eines vom Recht mißbilligten Verhaltens.

Oetker[1]) geht in Übereinstimmung mit Schoetensack[2]) von dem Gedanken aus, daß es nicht nur verbietende und erlaubende (subjektives Recht schaffende), sondern auch mißbilligende und billigende Rechtssätze gebe. „Im Verbot der Kuppelei liegt die Mißbilligung der Unzucht, nicht ihr Verbot; aus der Schadensersatzpflicht des § 826 BGB kann nicht das Verbot abgeleitet werden, in einer gegen die guten Sitten verstoßenden Weise einem anderen Schaden zuzufügen, wohl aber ist die sittenwidrige Schadensstiftung mißbilligt. Ein verständiges Recht verbietet nicht den Selbstmord, aber die Mißbilligung tritt zutage in der Billigung gewaltsamer Hinderung eines Selbstmordkandidaten an seinem Vorhaben, obwohl diese Nötigung ist"[3]).

Aus diesem Grundgedanken heraus findet er die Rechtfertigung der Züchtigung. Derjenige, der gegen jugendliche Unart züchtigend eingreift, die stets ein solches vom Recht „reprobiertes" Verhalten darstellt, und damit seine Mißbilligung zum Ausdruck bringt, befindet sich mit dem Recht in vollem Einklang, „denn das Recht mißbilligt solches Treiben und es kann ihm im Interesse der Generalprävension nur lieb sein, wenn der Ungebühr ein kräftiger Denkzettel auf dem Fuße folgt"[3]). Dementsprechend ist die Züchtigung eine vom Recht gebilligte, zugelassene Handlung und daher nicht rechtswidrig, ohne daß die Rechtsordnung dem Züchtigenden ein subjektives Recht zur Vornahme der Züchtigung verliehen habe.

Wir können Oetker nicht folgen. Es sei dahingestellt, ob neben verbietenden und erlaubenden Rechtssätzen auch solche mißbilligenden und billigenden Inhalts bestehen. Die nähere Voraussetzung, von der Oetker bezüglich der Züchtigung ausgeht — „ohne Rücksicht auf irgendwelche erzieherischen Zwecke" — vermögen wir nicht zu teilen[4]). Es sei hier nochmals hervorgehoben, daß das innere Wesen der Züchtigungshandlung in einer Erziehungshandlung zu erblicken ist, nicht dagegen allein in einer mißbilligenden Äußerung der begangenen Ungebühr[5]). Oetker steht mit seiner Ansicht allein da.

---

[1]) G.S. 87, 423.
[2]) G.S. Bd. 83, S. 1ff.
[3]) S. 425.
[4]) S. 423. „In Wahrheit hat die Züchtigung durch den Dritten mit dem Erziehungsrecht gar nichts zu tun, ist nicht von dem Inhaber dieses Rechts abgeleitet."
[5]) Vgl. die eingehenden Ausführungen S. 7ff.

Oetkers Konstruktionsversuch scheitert aber bereits an den sich daraus ergebenden Konsequenzen. Denn wenn die Ungebühr der Jugend rechtlicher Mißbilligung unterliegt, so ist dies in viel stärkerem Maße der Fall gegenüber ungebührlichem Treiben Erwachsener. Im Verfolg der Mißbilligung rechtlich mißbilligten Verhaltens wäre dann jeder berechtigt, über die Grenzen der Nothilfe hinaus, gegen flegelhafte Erwachsene züchtigend einzuschreiten. Oetker selbst lehnt diese Forderung als zu weitgehend ab und verweist den Zeugen der Ungebühr auf den Weg der Anzeige an die Behörde[1]). Denn „aus der Freigabe eines solchen Eingreifens könne leicht ein weit schwereres Übel entstehen (irrige Annahme verbotenen Vorhabens, Widerstand des anderen Teils usw.) als die Hinnahme der Ungebühr wäre".

Diese seine Ausführungen sind jedoch nicht geeignet, die Konstruktion zu stützen. Denn das Argument, mit dem Oetker die zu weitgehende Folgerung abzuschneiden gedenkt, besteht in gleichem Umfange gegen die Konstruktion selbst. Auch die zu Unrecht erfolgte Züchtigung fremder Kinder kann gleich schwere Übel erregen wie die durch „irrige Annahme verbotenen Vorhabens verursachte Zurechtweisung eines Erwachsenen".

§ 11. Rechtfertigung der Züchtigung durch das Prinzip des wahren Wohls.

Einen weiteren Versuch, die mäßige Züchtigungshandlung zu rechtfertigen, hat Hegler[2])[3]) gemacht; Geider[4]) hat diese Konstruktion aufgenommen und ausgebaut. Gerade wie bei dem „überwiegenden Interesse" gehen beide von dem Wesen der Widerrechtlichkeit aus. Aber während es sich bei dem Prinzip des überwiegenden Interesses um verschiedene Interessenträger handelt, kommt bei diesem Prinzip des wahren Wohls ein und derselbe als „Betroffener" und „Geförderter" in Betracht. Es findet zwar hier ebenfalls eine Interessenwägung statt, aber eine solche zwischen den kollidierenden Interessen ein und derselben Person. Solche Fälle bilden nach den genannten Autoren eine eigene Klasse von Unrechtsausschließungsgründen im Strafrecht. Es ist kurz der Aufbau dieser Theorie darzustellen; daran schließt sich eine Polemik.

Als Ausgangspunkt nimmt diese Konstruktion den Gedanken des Interesses, des Wohls. Allerdings ist das Anwendungsgebiet nicht so weit zu spannen, daß diese Konstruktion unbedingt Anwendung findet. Es geht nicht an, aus dem Gesichtspunkt des wahren Wohls

[1]) S. 427.

[2]) Z. 36, S. 42. „. . . in Fällen, in denen durch die Tat das eigene wohlverstandene, allerdings von ihm selbst nicht immer wohlverstandene Interesse des (scheinbar) Betroffenen (des scheinbar in seinen Interessen verletzten einzelnen) gewahrt wird, wird deshalb nicht antisozial gehandelt, ein staatliches Interesse nicht verletzt."

[3]) Neben Hegler auch Havenstein, S. 252: „ihr inneres Wesen, der Umstand, daß sie sich nicht gegen den Betroffenen richten, sondern zu seinem Nutzen, zu seinem Schutze, zu seinem Heile geschehen", rechtfertigt sie.

[4]) Geider, S. 41. „Eine dem Kind objektiv förderliche Züchtigung kann nicht widerrechtlich sein."

heraus einer Person, die bereits des Guten zuviel getan hat, einfach das Glas Bier wegzunehmen, obschon es ihrem wahren Wohl entsprechen würde, wenn sie das Glas Bier nicht mehr trinken würde. Eine Übertreibung des Prinzips dahingehend, daß auf den Willen des „Betroffenen" gar keine Rücksicht mehr zu nehmen wäre, findet nicht statt. Vielmehr kommt das Prinzip nur unter der Voraussetzung als Unrechtsausschließungsgrund zur Anwendung, daß die Entscheidung seitens des Betroffenen bzw. seines gesetzlichen Vertreters über die Wahrung oder Nichtwahrung ausscheidet. Anderenfalls ist dem Willen des Betroffenen die Entscheidung zu überlassen und eine negative Entscheidung zu respektieren[1]).

Wenn auch bei Bemessung des wahren Wohls natürlich auf individuelle Verhältnisse Rücksicht zu nehmen ist, so kommt doch nur eine objektive Fassung des Prinzips in Betracht. Hegler[2]) führt zu Recht aus: „Es ist klar, daß bloße subjektive irrtümliche Annahme betreffs die Wahrung des Interesses und das Willensmoment nicht als Unrechtsausschließungsgrund wirken kann, nur für die Frage der Schuld kann derartiges in Betracht kommem." Die Widerrechtlichkeit bzw. Nichtwiderrechtlichkeit einer Züchtigungshandlung kann sich nicht danach bestimmen, ob der Handelnde etwa subjektiv die Erziehung des Kindes im Auge gehabt hat, sondern objektiv danach, „ob sie den von der Rechtsordnung für das Züchtigungsrecht aufgestellten Zwecken entspreche, durch sie indiziert war, wozu natürlich auch das Vorliegen eines entsprechenden Anlasses zur Züchtigung bzw. eines solchen Grades der Züchtigung gehört"[3]). Denn nur durch das Anlegen eines objektiven Maßstabes an das, was wir als wahres Wohl eines Kindes anzusehen haben, ist für die Rechtssicherheit die nötige Basis und Garantie dafür zu gewinnen, daß nicht jeder Weltverbesserer der Jugend seine Erziehungsmethode aufdrängen kann.

In weiterem Ausbau dieses Grundsatzes verlangt Geider[4]) als Voraussetzung für seine Anwendung das Vorliegen eines „Notfalls". Speziell für den Fall der Züchtigung führt er aus: „Ein derartiger Notfall liegt insbesondere beim Kind vor, das eines rechtlichen für Erziehungsfragen in Betracht kommenden Vollwillens ermangelt und zur Selbsterziehung noch unfähig ist." Aber nicht unbedingt ist ein solcher Notfall für einen Fremden gegeben. Denn vom Gesetz ist ein bestimmter Kreis von zunächst zur Erziehung Berufenen bestimmt. Erst wenn diese versagen, darf ein Fremder aus dem Gedanken des Prinzips des wahren Wohls heraus einschreiten, denn nun liegt ein Notfall für ihn vor. Aus welchem Grunde die Ersterziehungsberechtigten nicht eingreifen, ist bedeutungslos, sei es, daß sie bei Flegeleien ihrer Kinder nicht zugegen, sei es, daß sie zwar anwesend sind, aber nicht einschreiten können oder wollen. Es kommt ferner als Voraussetzung hinzu, daß ein sofortiges Eingreifen angezeigt ist. Geider bejaht in den meisten Fällen die Notwendigkeit eines sofortigen Eingreifens aus dem pädagogischen Gedanken heraus,

---

[1]) Hegler, S. 43. [2]) S. 44.
[3]) Geider, S. 48. [4]) S. 45.

daß die Züchtigung eines unartigen Kindes psychologisch vielfach ihren Zweck nicht erreicht, wenn längere Zeit zwischen der Unart und der Züchtigung verstreicht, „denn die Jugend ist zu schnellebig, als daß sie bei einem größeren dazwischenliegenden Zeitraum den Konnex zwischen der Unart und der Züchtigung voll verstünde“[1]).

Daß eine der Unart auf dem Fuße folgende Zurechtweisung unter pädagogischem Gesichtswinkel betrachtet am zweckmäßigsten und erfolgversprechendsten ist, kann nicht angezweifelt werden. Darüber ist man sich dann auch nahezu im gesamten Schrifttum und Rechtsprechung einig[2]).

Es sei hier besonders betont, daß wir die Frage nach der Angezeigtheit einer sofortigen Züchtigung nur vom pädagogischen Standpunkt aus bejahen. Vorliegende Arbeit birgt keinen Widerspruch in sich, wenn auf S. 37 festgestellt worden ist, daß „Gefahr im Verzug“ nicht vorliegt. Denn dort ist diese Frage von rechtlicher Seite aus erörtert worden (ablehnend entschieden).

Dieser Versuch der Rechtfertigung der Züchtigungshandlung enthält einen richtigen Kern. Das Zurückgehen auf das Wesen der Widerrechtlichkeit ist nur zu begrüßen, und die objektive Fassung des Prinzips scheint glücklich gewählt. Was aber gegen die Annahme spricht, unter der Begründung des wahren Wohls den Züchtigenden fremder Kinder straffrei zu lassen, ist der Umstand, daß diese Konstruktion allzu einseitig nur auf das Wohl, das Interesse des Kindes abstellt unter gänzlicher Außerachtlassung der Tatsache, daß auch Interessen der Gesamtheit, des Staates im Spiele sind. Gerade die Mannigfaltigkeit der in Frage stehenden Interessen ist es ja, was die Entscheidung der Frage, ob Strafe oder nicht, so erschwert. Und es geht nicht an, eine Lösung zu bringen, die zwar im ersten Augenblick als glücklich gewählt erscheint, aber einen ganzen Komplex in Betracht kommender Interessen von vornherein als unbeachtlich übergeht. Neben den Interessenlagen des Kindes spielen die Belange der Gesamtheit eine erhebliche Rolle. Das ist eingangs bereits dargetan worden[3]). Der Staat hat ein starkes Interesse an der Erhaltung und Herstellung von Zucht und Ordnung unter dem heranwachsenden Geschlecht und weiter, dieses Disziplininteresse ist unter Umständen so stark, daß es sich zu einem selbständigen Eingreifen des Staates in die Erziehung der Jugend verdichtet. Neben dem Disziplininteresse steht dieses Erziehungsinteresse der Allgemeinheit.

Geider selbst[4]) scheint diesen Mangel der Konstruktion zu sehen. Er spricht von dem Disziplininteresse der Allgemeinheit, das neben das

[1]) Geider, S. 46.

[2]) Binding, S. 800, Anm. 37; Zitelmann, S. 110; Havenstein, S. 255; Kulemann, S. 240; Eckstein, S. 284; Schäffer, S. 43; Rotering, S. 63; Kohler, S. 419; OLG. Naumburg 24. 4. 1909 Warn. Jahrb. 1909, 69; Posen 30. 4. 1910 in G.A. 60, 146; Frankfurt 20. 11. 1913 in L.Z. 14, 1144; Hamburg v. 8. 12. 13 in L.Z. 14, 601; Rostock v. 2. 11. 1889 in G.A. 27, 369; Kiel 5. 12. 1896 in G.A. 44, 275; Dresden 27. 2. 1902 Annalen 23, 203; v. 12. 4. 1882 Annalen 5, 28, v. 17. 12. 1884 Annalen 6, 407 v. 13. 6. 1901 Annalen 22, 411.

[3]) Vgl. S. 9ff. die näheren Ausführungen über diese Frage.

[4]) S. 44.

Erziehungsinteresse des Kindes trete. Führt aber dann, gleichsam zur Stützung und Verteidigung des Prinzips des wahren Wohls, aus, daß dieses Disziplininteresse der Allgemeinheit im Lauf der geschichtlichen Entwicklung „mit der Höherentwicklung des menschlichen Zusammenlebens vielfach hat weichen müssen". „Gerade bei dem Züchtigungsrecht der Eltern und anderer berechtigter Personen gegenüber dem Kinde speziell hat das Erziehungsinteresse des Kindes jetzt fast ganz die Stelle des Disziplininteresses der Eltern und auch der Gesamtheit verdrängt." Denn die heutige Rechtsordnung ergibt als zentrales Interesse bei Gewährung eines Züchtigungsrechts gegenüber Kindern das Erziehungsinteresse des Jugendlichen an sich selbst.

Der Hinweis auf die geschichtliche Entwicklung besteht vielleicht hinsichtlich des Disziplininteresses zu Recht. Aber Geider vernachlässigt neben dem Disziplininteresse das bedeutend stärkere, in positiven Gesetzesbestimmungen zum Ausdruck kommende Erziehungsinteresse der Allgemeinheit. Die starken Interessen, die in dieser Richtung in die Fragen hineinspielen, finden keine genügende Beachtung. Deshalb kann das Prinzip des wahren Wohls nicht als gelungene Lösung der Frage nach der Straffreiheit dritter Personen bei Züchtigung Unerwachsener angesehen werden.

Ebenfalls gegen die Ansicht, daß im Interesse des wahren Wohls des Kindes in Notfällen jeder Fremde zur Züchtigung schreiten dürfe, tritt Voltz auf[1]). Er erkennt den Ausgangspunkt der Konstruktion als richtig gewählt an, hat aber Bedenken, ob ein mit der individuellen Eigenart des Kindes nicht vertrauter Dritter einzusehen vermag, ob die von ihm vorgenommene Züchtigung wirklich dem wohlverstandenen Interesse, dem wahren Wohl des Kindes zu dienen geeignet oder ob sie ihm nicht im Gegenteil abträglich ist. „Denn gerade diese Fähigkeit setzt Vertrautheit mit dem Kinde voraus."

Es ist Voltz zuzugeben, daß in dieser Hinsicht Zweifel entstehen können. Andererseits wiegt die Tatsache, daß die Zurechtweisung seitens des Fremden unmittelbar der Unart auf dem Fuße folgt, pädagogisch vielleicht schwerer, oder doch wenigstens ebenso schwer als das Argument, daß der Fremde zu wenig mit dem Kinde vertraut ist. Im übrigen zeigt die Erfahrung des täglichen Lebens, daß Kinder, die sich in der Öffentlichkeit zum sofortigen Einschreiten drängende Zuchtlosigkeiten erlauben, niemals seelisch so zart besaitet sind, daß, um sie wirkungsvoll zurechtzuweisen, keine besondere Vertrautheit mit ihrer eigenen Entwicklung erforderlich ist.

Ein kleiner Schönheitsfehler haftet dem Ausbau an, den das Prinzip des wahren Wohls durch Geider erfahren hat. Geider verlangt[2]), um Straffreiheit des Züchtigenden in Verfolg seiner Konstruktion zu erlangen, daß die Züchtigung „nicht gesundheitsgefährlich oder schädlich, sondern angemessen" ist.

Dieses Kriterium der Züchtigungshandlung ist als überflüssig abzulehnen. Mit aller Bestimmtheit sei noch einmal hervorgehoben, daß die

[1]) S. 367. [2]) S. 50.

Zurechtweisungen, die flegelhafte Kinder für ihre Unarten erfahren, nur dann als Züchtigungshandlungen anzusehen sind, wenn sie sich im Rahmen des Angemessenen halten. Nur innerhalb dieser Grenzen sind sie Erziehungshandlungen. Wird dieses Maß überschritten, dann verdienen die betreffenden Handlungen der Erwachsenen gegen die Kinder als Akte der Willkür und Roheit schärfste Zurückweisung und erfordern strengstes Eingreifen.

§ 12. Rechtfertigung der Züchtigung durch das Prinzip des überwiegenden Interesses.

Ein brauchbares und befriedigendes Ergebnis kann man nur erlangen, wenn man sich die gesamte Interessenlage vergegenwärtigt und unter Abwägung der für und wider die Strafbarkeit sprechenden Interessen die Entscheidung fällt. Vervollständigt man diesen Gedankengang dahin, daß eine Handlung, bei der das überwiegende Interesse auf Kosten des geringeren gewahrt bleibt, nicht als sozialschädlich, nicht als rechtswidrig erachtet werden kann, so gelangt man zu dem Prinzip des überwiegenden Interesses. Es kommt in allen den Fällen in Frage, in denen in einem konkreten Streitfall Privatinteressen zur Abwägung einander gegenüberstehen und der Staat entweder nur nebenbei interessiert ist, oder das überwiegende Interesse zu dem seinen macht[1]).

Das Prinzip hat die Wirkung eines Rechtfertigungsgrundes; die durch den erfüllten gesetzlichen Tatbestand indizierte Rechtswidrigkeit wird hinfällig. Die Handlung wird zu einer rechtmäßigen.

Das Prinzip des überwiegenden Interesses ist eine begriffliche Formalisierung des von Sauer[2]) gefundenen juristischen Grundgesetzes: mehr Nutzen als Schaden. Inhaltlich stellt es dasselbe dar, was von Dohna[3]) und Liszt[4]) unter der Formulierung „das angemessene (richtige) Mittel zur Erreichung eines vom Gesetzgeber als berechtigt (richtig) anerkannten Zweckes[5])".

---

[1]) Donner, S. 96.
[2]) Sauer, Z. 33, 809 810; Grundlagen, S. 276.
[3]) S. 48ff. [4]) S. 173, 178.
[5]) Der gleichen Auffassung geben Ausdruck: Hegler, S. 39: „Der gesellschaftsschädliche Charakter entfällt besonders, wenn das Verhalten zwar in gewisse Interessen eingreift, dieser Eingriff aber nicht als Verletzung von Interessen der im Staate organisierten Gesellschaft betrachtet wird, weil eben durch das betreffende Verhalten andere stärkere Interessen gewahrt werden. Bei diesem Prinzip des überwiegenden Interesses kommen besonders in Betracht schlechtweg zu wahrende staatliche oder allgemeine Interessen." — M. E. Mayer, S. 268ff.: „Die Wahrung berechtigter Interessen bietet Rechtfertigung tatbestandsmäßiger andlungen, und zwar ist maßgebend, ob das Interesse und die Art, wie es gewahrt worden ist, von einer Kulturnorm, und ob die Kulturnorm vom Staat anerkannt ist." — V. Lilienthal, Grundriß § 12; besonders Z. 20, 442 ff. Er läßt den „realen Zweck" einer Handlung über die Rechtswidrigkeit entscheiden. (Gesellschaftsgefährlichkeit.) — Geider, S. 40. — Oetker, S. 361: „Die Erhaltung eines Rechtsguts durch Opferung geringwertigerer Interessen erscheint vernünftig und darum der Rechtsordnung selbstverständlich." — Havenstein, S. 252: „Eine Handlung, die in ihrer Gesamtheit einem anderen zum Vorteil gereicht und zu seinem Nutzen ausgeführt ist, wird dadurch allein nicht zu einem strafbaren Angriff auf seine Rechtssphäre, daß dieser Vorteil nur durch Auf-

Es erhebt sich zunächst die Frage, ob dieses Prinzip im geltenden Recht begründet ist und — bejahendenfalls — welches der Maßstab sein soll, unter welchem die Interessen gewertet werden.

Die erste Frage führt uns in den Streit, der um das Wesen der Widerrechtlichkeit besteht. Was heißt rechtswidrig? „Die Rechtswidrigkeit ist dasjenige Gebiet des Strafrechts, das der Gesetzgeber nicht willkürlich schafft, sondern das er bereits vorfindet[1])." Bei dem Mangel einer gesetzlichen Definition ist es erklärlich, daß Gegensätze bestehen. Eine Anzahl von Schriftstellern begnügt sich mit einer Nominaldefinition. Sie sagen: rechtswidrig ist ein menschliches Verhalten, das mit einer Rechtsnorm nicht in Einklang steht[2]). An sich enthält diese Begriffsbestimmung nichts Falsches. Sie ist aber nichts mehr als eine bloße Umschreibung.

Dagegen forschen die Anhänger der sogenannten „materiellen" Rechtswidrigkeit tiefer. Sie suchen hinter dem formalen Begriff den wesentlichen Gehalt der Rechtswidrigkeit, ihren materiellen Begriff, zu erkennen, um aus dieser Erkenntnis heraus Zweifelsfragen einwandfrei lösen zu können. Sie weichen bewußt von formaljuristischen Gedankengängen ab, obwohl gerade die Bestimmung des Begriffes Rechtswidrigkeit wie kein zweiter eine Anlehnung an das „rechtliche" zu erfordern scheint, und versuchen unter soziologischen Gesichtswinkel — sozusagen von außen her — die Frage zu klären.

Die klarste und tiefgründigste Erörterung und Darstellung dieses schwierigen Problems hat wohl Sauer in seinen „Grundlagen" gegeben. Wir wollen uns daher von seinen Gedankengängen leiten lassen. Sauer geht — völlig voraussetzungslos — davon aus, daß die Rechtswidrigkeit

---

opferung eines geringeren Rechtsguts sich erkaufen ließ." — Heinitz, Strafrechtl. Abh. 211, 111: „Rechtswidrigkeit ist ein ungünstiges Werturteil der staatlichen Gemeinschaft über eine einzelne Wertbestrebung in dieser Gemeinschaft." — Mittermaier, Z. 44, 5/12. Er anerkennt einen materiellen Rechtswidrigkeitsbegriff, „die materielle Rechtswidrigkeit, die zwar noch der Klärung harrt, deren Grundgedanken aber offenbar jeder als berechtigt anerkennt". — v. Bar III, 3 ähnlich. — Torp, Z. 23, 96 (für die nordische Rechtswissenschaft). Er stellt auf die „Nützlichkeit", „objektive Vernünftigkeit" oder „Angemessenheit des Mittels einer Handlung" an. „Über die Rechtswidrigkeit einer Handlung entscheidet das auf den Erfahrungen des Lebens begründete (vernünftige) Urteil, ob sich die Handlung unter Berücksichtigung sämtlicher, bei deren Vornahme vorliegender Umstände als angemessen (objektiv vernünftig), erweist." — Ihering (Zweck im Recht I, S. 382). „Gefährdung der Lebensbedingungen der Gesellschaft." — Binding, Handbuch, S. 792; Lehrbuch I, S. 55, „die notwendigen Mittel zu rechtlich gebotenen Zwecken sind rechtl. gebotene Mittel; die notwendigen Mittel zu rechtl. erlaubten Zwecken sind rechtlich erlaubte Mittel". Weitere Literaturnachweise bei Sauer, S. 287 88.

[1]) Sauer, S. 231.

[2]) So Fischer, S. 110ff.; ebenso Kitzinger G.S. 55, 15: „Der Widerspruch mit der Rechtsordnung ist das unerläßliche, aber auch das einzige Begriffsmerkmal aller Rechtswidrigkeit." — Nagler, S. 284/85: „Es enthält rechtswidrig die reine rechtliche Negation, d. h. die positive Feststellung der rechtlichen Wertlosigkeit. Die Rechtswidrigkeit bekennt sich als direkt gegen das Recht gerichtet. Das Rechtswidrige befehdet das Recht. Es läuft dessen Satzungen zuwider und ist wegen dieses seines Widerstreits von der Rechtsordnung verworfen." — Beling, S. 32ff., 136ff. ähnlich.

ein Werturteil über ein Objekt ist. Die zu wertenden Objekte sind die Verhaltungsweisen der Menschen innerhalb einer Gemeinschaft, das soziale Geschehen[1]). Unter „werten" ist das Vergleichen eines Untergeordneten mit einem (wirklich oder nur vermeintlich) Übergeordneten zu verstehen[2]). Dieses Übergeordnete, das zum Vergleichen als Maßstab herangezogen wird, ist der Gemeinschaftswille, der wiederum das Ergebnis der Übereinstimmung der vereinigten Einzelbestrebungen ist[3]). Eine Handlung als rechtmäßig erklären heißt demnach, sie im Vergleich zu dem Gesamtwillen als diesem entsprechend erachten. Ist so die Rechtmäßigkeit bestimmt, so ist es ein leichtes zu einer Definition der Rechtswidrigkeit zu kommen. Die Rechtmäßigkeit ist das Rechte, die Regel; die Rechtswidrigkeit ist das Regelwidrige. Sie ist eine bloße Umkehrung der Rechtmäßigkeit, nur deren Negation[4]). Eine Handlung für rechtswidrig erklären heißt demnach, sie im Vergleich zu dem Gesamtwillen als diesem nicht entsprechend erachten. Oder wie Sauer es zum Ausdruck bringt[5]): „Die Rechtswidrigkeit ist ein ungünstiges Werturteil der staatlichen Gemeinschaft über eine einzelne Wertbestrebung in dieser Gemeinschaft: rechtswidrig ist ein Wertstreben, ein Verhalten, das den staatlichen Zwecken zuwiderläuft." Zu demselben Ergebnis gelangt auch Liszt[6]): „Die Verletzung oder Gefährdung eines Rechtsguts ist nur dann (materiell) rechtswidrig, wenn sie den Zwecken, der das Zusammenleben regelnden Rechtsordnung widerspricht. Sie ist, trotz ihrer Richtung gegen rechtlich geschützte Interessen (materiell) rechtmäßig, wenn und soweit sie jenen Zwecken der Rechtsordnung und somit des menschlichen Zusammenlebens selbst entspricht."

Diese Begriffsbestimmungen ergeben sich aus der Natur der Dinge. Das Recht beruht auf Übereinstimmung der einzelnen Volksgenossen. Natürlich nur auf einer Übereinstimmung in abstracto und in toto[7]). Im einzelnen mögen die Individuen vom Ganzen abweichen. „Die Gemeinschaft kann nur das gut heißen, was ihren eigenen Bestrebungen entspricht, was also sie selbst — die Gemeinschaft — fördert oder mindestens erhält[8])." — Maßgebend ist das Ziel des Staates. Die Verhaltungsweisen der Einzelnen haben den Bestrebungen des Staates nach Möglichkeit zu genügen. In erster Linie soll das Ziel eines jeden darauf gerichtet sein, die staatlichen Tendenzen auch von sich aus zu fördern und zu unterstützen, in zweiter Linie ihnen nicht zuwiderzulaufen. Da aber nun den Wertbestrebungen der Einzelnen oft eine mehrfache Richtung innewohnt, eine sowohl fördernde wie hemmende, so läßt sich die Rechtmäßigkeit eines Verhaltens genauer dahin bestimmen: dieses muß den Zielen des Staates mehr entsprechen, als ihnen zuwiderlaufen, dem Staat mehr mützen als schaden[9]).

Aus dieser völlig voraussetzungslosen Deduktion kommt Sauer zu seinem juristischen Grundgesetz: Mehr Nutzen als Schaden; ein Ergebnis,

[1]) S. 239.
[2]) S. 240.
[3]) S. 261.
[4]) S. 236.
[5]) S. 273.
[6]) S. 173.
[7]) S. 266.
[8]) S. 274.
[9]) S. 275.

das eben wegen seiner Voraussetzungslosigkeit (außer logischem Denken) unangreifbar erscheint.

Auch das Reichsgericht vertritt einen materiellen Rechtswidrigkeitsbegriff, der in den in Entscheidung 37, 151 gemachten Ausführungen treffend zum Ausdruck kommt[1]).

Der Hauptgrund, aus dem der Begriff der materiellen Rechtswidrigkeit Ablehnung erfahren hat, war die Vorstellung, es würden durch diesen Begriff zwei Arten der Rechtswidrigkeit verfochten. Neben der durch den Rechtssatz begründeten Rechtswidrigkeit lehnt man eine zweite, in einem außerrechtlichen Prinzip sich gründende Rechtswidrigkeit ab. So Fischer[2]). „Die jetzt oft beliebte Trennung der sogenannten formellen und materiellen Widerrechtlichkeit, die bisher nur in den rechtsphilosophischen und rechtspolitischen Schriften ein Heimatrecht hatte, darf für die Jurisprudenz überhaupt nicht existieren: es gibt nur eine Art der Widerrechtlichkeit. Jede solche Doppelpaarigkeit verfälscht die Betrachtung. Sie ist entweder ein überflüssiges Ornament oder führt direkt zur Verwirrung der Vorstellung."

Diese Annahme ist eine Fehlvorstellung. Es handelt sich nicht um die Einführung eines neuen Begriffs, sondern um das Erkennen des Wesens der Widerrechtlichkeit. Die Frage, die „beide Arten" der Widerrechtlichkeit unterscheidet, ist: „ob und nach welchem Prinzip die expressis verbis anerkannten Rechtfertigungsgründe aus dem Gesamtsysteme des Rechts heraus der Ergänzung fähig sind"[3]).

Sauer[4]) wendet sich gleichfalls gegen den Vorwurf der Aufstellung eines zwiespältigen Begriffes der Rechtswidrigkeit und klärt die Frage dahin — die Brauchbarkeit des Begriffes für die Dogmatik des Strafrechts anerkennend —, daß er unter formeller Widerrechtlichkeit „Tatbestandsmäßigkeit bei Fehlen von Rechtfertigungsgründen" begreifen will. „Formell rechtswidrig ist ein Verhalten, das einem gesetzlichen Tatbestand unterfällt, so lange nicht ein besonderer Rechtfertigungsgrund vorliegt."

Der „materiellen" Auffassung über den Begriff Rechtswidrigkeit ist gegenüber der „formellen" der Vorzug zu geben. Eine bloße Umschreibung der Rechtswidrigkeit kann nicht befriedigen, wenn es gilt, ihr Wesen zu erforschen. Die formelle Erklärung muß sodann in all den Fällen versagen, in denen die Rechtsnorm oder ihr Sinn nicht mit den Händen zu greifen ist, also wo es sich um Lückenausfüllung oder um Feststellung ungesatzten Rechts handelt, aber auch in den Fällen, wo das gesatzte Recht mehrere Deutungen zuläßt. Die Nominaldefinition ist unbrauch-

[1]) R.G. 37, 151. „Die Widerrechtlichkeit gehört zum Begriff des Delikts. Nur eine rechtswidrige Störung ist also eine solche im Sinne des § 167 StGB Denn in dem modernen, besonders dem großstädtischen Leben mit seinen vielfachen Kollisionen von Rechten und Interessen aller Art kann nicht ein einzelnes Kulturinteresse von den übrigen losgelöst und ganz ausschließlich geschützt werden. Eine Ausgleichung hat stattzufinden; ist sie nicht anders möglich, so muß das weniger wichtige Interesse oder Recht der bedeutungsvolleren Kulturaufgabe weichen."

[2]) S. 345.

[3]) Heinitz, S. 109.

[4]) S. 319.

bar, weil sie keinerlei Belehrungen über das Wesen der Rechtswidrigkeit bringt, sondern in der tautologischen Erklärung steckenbleibt: Rechtswidrig ist ein Verhalten, das mit dem Recht in Widerspruch steht[1]).

Dies scheint auch Nagler[2]) herauszufühlen. Er weiß schließlich keinen anderen Ausweg als ein übergesetzliches[3]) Prinzip anzurufen und greift auf Ihering, von Dohna und Liszt zurück, deren Meinung er vorher bekämpfte, „um nicht die Entscheidungen durch eine gegenteilige Auffassung zu einer unvernünftigen, gedankenlosen Pedanterie und zu einer weltfremden Rechtslösung ausarten zu lassen; das praktische Leben erfordert seine Beachtung"[4]). Er geht so weit, daß er dem Rechtsgefühl — einem viel zu vagen und jeglicher wissenschaftlicher Exaktheit entbehrenden Begriff — als dem „Rechtsgewissen" eine „Alarmfunktion" beimißt. Sauer bemerkt hierzu mit Recht[5]), daß im Grunde genommen mit den Gegnern (der materiellen Rechtswidrigkeit) eine Differenz nur in der Methode, jedoch kaum im Ergebnis vorhanden ist. Daß aber die seitens der Verfechter des materiellen Rechtswidrigkeitsbegriffs eingeschlagene Methode wissenschaftlich exakter und die einzig mögliche ist, darüber bedarf es keiner weiteren Ausführung.

Legt man zur Lösung des in Frage stehenden Problems den materiellen Rechtswidrigkeitsbegriff zugrunde, so ergibt sich, daß eine Züchtigung, die ein von verantwortungsfreudigem Gemeingeist beherrschter Staatsbürger einem zuchtlosen Unerwachsenen zuteil werden läßt, nicht rechtswidrig ist, da sie den Tendenzen des Allgemeinwillens entspricht; auf jeden Fall dem Gemeinwesen mehr nützt als schadet[6])[7]).

---

[1]) M. E. Mayer, S. 174.
[2]) S. 371, 378, 379, 380.
[3]) S. 282.
[4]) S. 288 Anm. 1.
[5]) Vgl. auch M. E. Mayer, S. 172, Anm. 2, der andeutet, daß auch Fischer, S. 117ff., S. 120 über den rein formalen Rechtswidrigkeitsbegriff hinauszugeben scheint.
[6]) Havenstein, S. 252: „Warum in aller Welt schiebt man im Strafrecht dem Gesetzgeber so weltfremde Absichten zu? Absichten zu strafen, wo jeder Verständige nur loben und lohnen möchte."
[7]) Rotering, S. 65ff. Auf die Grundgedanken der Rechtsgedanken zurückgehend folgert er eine Mißbilligung der kindlichen Flegeleien und entsprechend eine Rechtfertigung des Züchtigenden. „Denn der Staat kann sich nicht gleichgültig verhalten gegen die herrschende Volksanschauung. Die richterliche Entscheidung darf das Gerechtigkeitsgefühl nicht verletzen, nicht Mitleid hervorrufen mit dem Delinquenten. Es darf nicht bestraft werden, was das sittliche Bewußtsein des Volkes nicht mißbilligt. Der Gemeinwille kann nicht mit sich selbst in Widerspruch treten, die Ungezogenheiten der Jugend mißbilligen und zugleich das im Gemeininteresse gebotene maßvolle Einschreiten des verständigen Volksgenossen."

II. Eigene Stellungnahme.

§ 13. Straffreiheit des Züchtigenden mangels Tatbestandsverwirklichung.

Als bisheriges Ergebnis kann man feststellen, daß der so einfache Sachverhalt, der den Gegenstand der vorliegenden Erörterungen bildet, von einem „dichten Rankenwerk von Theorie und Einzelkonstruktion" überwuchert ist.

Die einzige befriedigende, für alle gleich wie gelagerten Fälle zutreffende Konstruktion ist die des überwiegenden Interesses. Es erscheint jedoch befremdlich, daß man, um einen derartig klaren Sachverhalt juristisch einwandfrei zu lösen, einer Konstruktion das Wort reden muß, die die Frage von den Grundfesten der Strafrechtswissenschaft aus erfaßt. Um einen einfachen Lebenstatbestand zu klären, muß man einer Konstruktion nachgehen, die in den Grundproblemen des Strafrechts ihren Sitz hat, und die im höchten Maße bestritten, von allgemeiner Anerkennung noch weit entfernt ist. Es sei daher ein anderer Weg zur Lösung der Frage vorgeschlagen, der den Vorzug der Einfachheit besitzt und sich mit dem Volksempfinden in Einklang befindet. Er ist für alle, wie auch geschaffenen Fälle gangbar.

Wie schon festgestellt, nimmt die gegenwärtig herrschende Meinung an, daß die körperliche Züchtigung den Tatbestand der vorsätzlichen Körperverletzung erfüllt. „Sie erregt Schmerzen, Mißbehagen, stört mehr oder weniger das körperliche Wohlbefinden"[1]).

Die Stellungnahme der Mehrzahl der Autoren leidet jedoch an gewisser Oberflächlichkeit. Man nimmt die Tatbestandsverwirklichung als eine feststehende Tatsache hin, ohne auch nur anzudeuten, daß hier doch wohl Zweifel einsetzen könnten. Es macht doch wohl einen erheblichen Unterschied, ob ich jemanden bei Nacht auflauere und ihn mit dem Knüppel über den Kopf schlage, oder ob ich einen ungezogenen Straßenbengel, der sich einem hilflosen Krüppel gegenüber unangebrachte Späße erlaubt, eine Portion Prügel auf den dazu bestimmten Körperteil verabreiche und ihn hierdurch in die Grenzen der Zucht zurückweise. Jeder Unbefangene wird auf diesen Unterschied hinweisen, der derartig beträchtlich ist, daß er von den meisten juristischen Autoren noch nicht einmal erwähnt wird.

Der Fehler der herrschenden Meinung scheint uns in letzter Linie auf die unrichtige Definition zurückzugehen: Körperverletzung ist jeder Eingriff in die körperliche Integrität eines anderen. Der Ausgangspunkt dieser Definition ist zwar richtig: das Rechtsgut, das durch die Strafandrohung des § 233 StGB geschützt werden soll, ist die körper-

[1]) Vgl. u. a. Voltz, S. 341; Hubrich, S. 164; Geider, S. 18; E. Kaufmann, S. 12.

liche Unversehrtheit. Allein aus diesem Satz zieht man den zu weitgehenden Schluß, daß nun jeder Eingriff in die körperliche Integrität Körperverletzung i. S. des StGB ist. Nur solche Eingriffe sind Körperverletzungen nach dem heute geltenden Strafrecht, die sich als körperliche Mißhandlung oder Gesundheitsbeschädigung oder beides zusammen darstellen. Das StGB hat den Begriff Körperverletzung in diese beiden Unterbegriffe gespalten, die sich nur schwer voneinander trennen lassen.

Eine Beschädigung an der Gesundheit steht bei einer sich in den ordentlichen Grenzen haltenden Züchtigung außer Frage, bleibt also nur noch die Frage nach der körperlichen Mißhandlung. Darunter versteht man allgemein[1]) ein unangemessenes, übles, schlimmes Verhalten, das das körperliche Wohlbefinden oder die körperliche Erscheinung beeinträchtigt, wobei nach Meinung des Reichsgerichts[2]) ganz unerhebliche Verstöße gegen jenen Zustand außer Betracht bleiben.

Allein diese Ansicht ist nicht unbestritten. Letztens hat Voltz[3]) sich dagegen gewandt. Er hält es für nicht angängig, den Begriff der Unangemessenheit in die Definition der Mißhandlung hineinzunehmen. Durch diese Einschränkung würde der Mißhandlungsbegriff jeder scharfen Umgrenzung bar und sei mit bedenklicher Unsicherheit behaftet. Die zersetzende Wirkung des Begriffselements „angemessen" zeigt sich nach Voltz mit besonderer Deutlichkeit gerade bei der Züchtigung fremder Kinder. Dann nämlich müßte man in Verfolg dieses Gedankengangs diejenige Züchtigung als angemessene Behandlung erklären, die als Reaktion auf die von einem bestimmten Kinde begangene bestimmte Übeltat anzusehen ist. Es sei aber gerade in diesem Fall unmöglich, zu einem sicheren Werturteil über die „Angemessenheit" der Züchtigung zu kommen, weil über die Frage der gerechten Abwägung von Übeltat und Strafe und der Eignung der Züchtigung im allgemeinen und gerade der im Einzelfall angewandten Züchtigung je nach den besonderen Eigenschaften des Kindes und bei der Uneinheitlichkeit der verschiedenen Erziehungsmethoden erhebliche Meinungsverschiedenheiten möglich sind. Denn gerade im Gebiet der Körperstrafe fehlen feste Maßstäbe und Richtlinien, und die Züchtigung eines jeden jugendlichen Übeltäters bedürfe bei der Verschiedenheit der Wirkungen der Körperstrafe infolge der körperlichen und seelischen Eigenarten eines jeden einer besonderen Wertung. Man käme dann dahin, die gleiche Züchtigung wegen der gleichen Übeltat bei dem einen Kinde als angemessene Behandlung, bei dem anderen als unangemessene Behandlung hinzustellen. In dem einen Fall läge Mißhandlung und daher strafbare Körperverletzung vor, im anderen nicht. Soweit Voltz.

Er spricht einem völlig abstrakten Mißhandlungsbegriff das Wort. Den Schwerpunkt legt er auf die Behandlung des Körpers. Die rein mechanische Behandlung soll den Ausschlag geben unter gänzlicher Hintansetzung des Zwecks. Hofacker[4]) drückt es so aus: die erste Silbe

[1]) Liszt, S. 475; Olshs. § 223_4; L.Z.K., S. 223_4; Frank, § 223_3.
[2]) Entscheidung 32, 115; 29, 60.
[3]) S. 341.
[4]) S. 708.

„miß" in dem Wort mißhandeln wird entwertet; „miß" soll bloß heißen, „zuwider dem Körperinteresse". Hofacker weist nach, daß eine derartige Entwertung der Silbe „miß", die nun nicht auf die ganze Handlung, sondern lediglich auf die mechanische Handlung bezogen wird, weder mit dem allgemeinen Sprachgebrauch in Einklang zu bringen ist, noch der rechtsgeschichtlichen Entwicklung entspricht[1]). Der einzige Grund Voltz', das Bestreben, eine scharfe Abgrenzung des Mißhandlungsbegriffes zu erzielen, darf nicht dahin führen, das wichtigste Merkmal des Begriffes abzustreifen[2]). Das an sich wünschenswerte Abstrahieren bei der Begriffsbildung darf nicht derartig weit geübt werden.

Unter Körperverletzung versteht das Strafgesetzbuch nicht ein Handeln zuwider dem Körperinteresse, sondern, wie aus der gesetzlichen Begriffsbestimmung einwandfrei zu entnehmen und aus der ratio legis zu schließen ist, ein Mißhandeln. Die gegenteilige Meinung begeht den Fehler unter geringschätzigem, fahrlässigem oder gar vorsätzlichem Übersehen schon des Wortlauts des Gesetzes das Wesen der Körperverletzung aus Lehrbuchüberschriften einer dort behandelten Strafrechtsmaterie zu deduzieren. Ein einfaches genaues Lesen des § 223 würde vielleicht manchen Schriftsteller auf die richtige Auffassung bringen. Im Gesetz ist nicht die Rede von Körperverletzung — das ist lediglich eine von der Doktrin geprägte Bezeichnung einer Strafrechtsmaterie —, sondern von Mißhandeln.

Im übrigen sei Voltz erwidert, daß man bei Aufstellung des „Unangemessenen, Üblen, Falschen" als Kriterium der Mißhandlung wohl weniger daran dachte, eine positive erschöpfende Begriffserläuterung zu geben, als ein erläuterndes Vorstellungsbild.

Die Gegenmeinung stützt sich zum Schluß darauf, daß heute auf pädagogischem Gebiet die sich widersprechendsten Meinungen über den Wert und die erfolgreiche Anwendung der körperlichen Züchtigung als Erziehungsmittel bestünden.

Es ist bereits an anderer Stelle betont worden, daß die Ausführungen Voltz' wohl von allgemein wissenschaftlich pädagogischer Bedeutung sind. Es geht aber nicht an, davon die Frage nach der Strafbarkeit der Züchtigungshandlung abhängig zu machen. Was bei Flegeleien der unerzogenen Jugend in der Öffentlichkeit richtiger ist, ist in Deutschland noch betritten, und es kann nicht Sache der Auslegung der Strafgesetze sein, neuere, noch unbestrittene pädagogische Auffassungen dadurch durchzusetzen, daß man dem Mißhandlungsbegriff das wichtigste Merkmal, das Unangemessene entzieht[3]).

Wir bleiben also bei dem Ergebnis, daß unter „mißhandeln", ein unangemessenes, übles, falsches Behandeln zu verstehen ist[4]).

[1]) Dagegen auch Kahl, Z. 29, S. 368; vgl. näheres S. 64, 65.

[2]) Es gibt in allen Rechtsgebieten Begriffe, die scharf zu umreißen unmöglich ist.

[3]) Z. 50, S. 711.

[4]) Hofacker kommt bei Betrachtung der geschichtl. Entwicklung dazu, als Mißhandeln einanstößigesVerhalten zu erblicken, das sich nicht auf moralischem, sondern auf rechtlichem Gebiet bewegt.

Es bleibt folglich zum Zweck der Erachtung auf Körperverletzung zu prüfen, ob in den Schlägen, die der Bengel für seine Zuchtlosigkeiten bezieht, eine unangemessene Behandlung erblickt werden kann. Würde man hier einen einfachen Mann aus dem Volke zu einer Stellungnahme auffordern, so dürfte an dem Ergebnis kein Zweifel bestehen. „Es ist zweifellos die Regel, daß dem Laienverstande die rechtliche Unbedenklichkeit einer Zivilcourage in der Form eines privaten Eingreifens an Stelle des Züchtigungsberechtigten . . . gerade deswegen als gegeben erscheint, weil er von sich aus gar nicht auf die Idee verfällt, das Gesetz habe bei dem mit der Strafe ausgestatteten Verbot einer Körperverletzung auch jene Maßregeln treffen wollen, die das natürliche Rechtsgefühl von vornherein aus dem Kreise der Übertretungen und Vergehen ausschaltet“[1]). Aber freilich die Anschauungsweise des täglichen Lebens ist „profan“ und „juristische Fragen und Begriffe erfordern eine zweck- und sinngemäße Formulierung“[2]). Eine dem Volke verständliche Jurisprudenz ist unter allen Umständen abzulehnen. Der Einfachheit sind die kompliziertesten Konstruktionen vorzuziehen, die einer ernsten Kritik nicht standhalten und unter Juristen nicht anerkannt werden.

Ein Gefühl der Beklemmung muß jeden Unbefangenen beschleichen, „wenn der Jurist ihm sagt, das Strafgesetzbuch des eigenen Volkes nenne jene Maßnahme, ein Kind zu bessern und zu einem ordentlichen Menschen zu erziehen, Körperverletzung und Mißhandlung, und man müsse erst nach besonderen Gesetzen und Verordnungen in den einzelnen Ländern und Regierungsbezirken suchen — bezüglich der Behandlung der Lehrer — oder man müßte die kompliziertesten Konstruktionen anstellen, die auf die Grundprobleme des ganzen Strafrechts zurückführen“[3]). „Dann weht ein kalter Hauch von den in einer dem Laienverstande fremden Idealsphäre gelegenen Höhe herüber zu dem durch den konkreten Fall aufgewühlten Gefühlskomplex, in dem gerade der Laie heimisch ist, weil er in ihm das Leben und das Leiden spürt, wie es ihn betroffen hat, oder doch jederzeit treffen kann“[4])[5]).

In der Literatur finden sich aber glücklicherweise auch Stimmen, welche es ablehnen, dem Gesetzgeber derartig weltfremde Gedanken

---

[1]) Endemann, Zivilcourage, S. 53. Vgl. weiter „ebenso zweifellos darf aber die Strafrechtswissenschaft um der Zivilcourage und des natürlichen Rechtsgefühls willen ihre eigene Aufgabe nicht mit der gleichen Geschwindigkeit als erledigt ansehen. Fraglich bleibt nur, ob die Konstruktionen, die den systematischen Bedürfnissen der Doktrin gute Dienste zu leisten vermögen, das Bild des wirklichen Lebens nicht allzusehr verdrängt haben, und ob die Praxis nicht allzusehr der Gefahr unterliegt, einem ungerechten Formalismus zu huldigen, anstatt der ratio legis gebührend nachzugehen. Bei diesem unter die Erde-Schaffen einer bejahten Tatbestandsmäßigkeit (durch Rechtfertigungsgründe) besteht die Gefahr, daß außer den beteiligten Begriffen auch wirkliche Lebewesen von Fleisch und Blut in Mitleidenschaft gezogen werden. Leidtragende im wahrsten Sinne des Wortes.“

[2]) J. Kaufmann, S. 14; E. Kaufmann, S. 13; Geider, S. 23.

[3]) Havenstein, S. 243.

[4]) Endemann, S. 42.

[5]) Rotering S. 66: „Die richterliche Entscheidung darf das Gerechtigkeitsgefühl nicht verletzen, nicht Mitleid herrufen mit dem Delinquenten. Es darf nicht bestraft werden, was das sittliche Bewußtsein des Volkes nicht mißbilligt.“

unterzuschieben, und einer angemessenen Züchtigung die Tatbestandsmäßigkeit und Strafbarkeit absprechen, weil sie sich als keine unangemessene Behandlung der flegelhaften Unerwachsenen darstellt.

So Eckstein[1]): „Zu den Voraussetzungen einer strafbaren Körperverletzung gehört das Moment der körperlichen Mißhandlung . . . Ich behaupte, die berechtigte (will sagen: angebrachte) körperliche Züchtigung ist nicht eine auf Grund des Züchtigungsrechts vom Gesetze gestattete körperliche Mißhandlung. Eine Handlung, die als Sühne für ein Unrecht des Zöglings vorgenommen wird, kann überhaupt nicht als Mißhandlung aufgefaßt werden. Man darf die Züchtigungshandlung nicht völlig isoliert betrachten, losgelöst von ihrem Zweck und unbekümmert um ihren eigentlichen Inhalt. Inhalt der Züchtigung ist nicht nur eine Schmerzzufügung, sondern ihr Inhalt ist Erziehung. Eine Erziehungshandlung als solche aber, sofern sie sich in den Grenzen einer richtigen Erziehung hält, ist eine durchaus korrekte Behandlung des Zöglings und darum nicht eine Mißhandlung." Bei dieser Deduktion legt Eckstein das Gewicht nicht auf die Rechtmäßigkeit des Handelns[2]), sondern auf den Charakter als Erziehungshandlung. Wird letzterer bejaht, dann kann nie Strafe eintreten, wird letzterer verneint (etwa bei Überschreitung), dann muß Bestrafung erfolgen (auch bei vorhandenem objektivem Züchtigungsrecht).

Geider[3]) glaubt bei Eckstein einen Widerspruch zu finden. Er will in den Worten „nicht nur Schmerzzufügung, sondern Erziehung" ein Zugeständnis der Mißhandlung finden. U. E. besteht diese Einwendung Geiders zu Unrecht. Eckstein drückt sich wohl nur fahrlässig aus. Er kennt das Wesen der Züchtigung ganz richtig in einer Erziehungsmaßnahme, um aber auf die ethische Entwicklung des Zöglings einen erzieherischen Einfluß zu geben, geht es ohne eine äußere köperliche Handlung nicht ab. Der äußere Eingriff in die Körperintegrität ist naturnotwendig mit dieser Erziehungshandlung verbunden. Daher bei Eckstein das „nicht nur".

In dem gleichen Sinn wie Eckstein läßt sich Oetker[4]) aus: „Diente dem Täter der Schlag nur als Mittel der Rüge der physischen Einwirkung zum Zweck der Erziehung des Jugendlichen und ist solches Maß nicht überschritten, so liegt keine Körperverletzung vor. Züchtigen heißt zurechtweisen, heißt nicht mißhandeln wollen."

Ebenso Havenstein[5]). Er führt in seiner kriminalistischen Studie über das Züchtigungsrecht der Lehrer mit Recht aus, daß es sich der Jurist nicht angelegen sein lassen sollte, zu prüfen, ob in den sämtlichen Ländern und Ländchen und Regierungsbezirken des deutschen Vaterlandes Gesetze, Verordnungen und Reglements über das Züchtigungsrecht bzw. dessen Umfang bestehen, und ob dieses „gesetzlich" oder „staatlich

[1]) G.A., S. 282/283.

[2]) Die Rechtswidrigkeit der Züchtigungshandlung ist nur dann ausgeschlossen, wenn dem Züchtigenden ein Züchtigungsrecht beiseitesteht. Diese Begründung läßt Eckstein gelten für Lehrer und Erzieher. Sie versagt dagegen (nach ihm), wenn es sich um Züchtigung durch einen Dritten handelt.

[3]) S. 19.

[4]) G.S. 87, 421.

[5]) G.A. 51, 251.

anerkannt" sei. Bei einer kritischen Durcharbeitung der im Reich und in den Ländern über das Züchtigungsrecht der Lehrer bestehenden gesetzlichen Bestimmungen findet sich überall das strikte Verbot gesundheitsgefährlicher Behandlung der Schüler und die Erlaubnis, Zuchtmittel als Erziehungsmittel anzuwenden, um die Zöglinge in körperlicher, geistiger und moralischer Hinsicht aus- und fortzubilden. Havenstein[1]) bemerkt mit gutem psychologischem Verständnis, daß die Verbindung beider Gesichtspunkte kein bloßer Zufall ist, sondern daß beide die Hälften desselben Gedankens bilden und notwendig zusammengehören. „Der Zweck jeder Erziehung, jeder Bildung ist die Förderung der geistigen und körperlichen Gesundheit, der Entwicklung des Zöglings, niemals die Gefährdung dieser Entwicklung, die Schädigung seiner Gesundheit. Nur Handlungen, die jene Förderungen beabsichtigen und diese Schädigungen vermeiden, sind Erziehungshandlungen."

Wir können ferner die Stimmen bedeutender Rechtslehrer für unsere Ansicht anführen.

In einer Besprechung eines Urteils des OLG. Hamm leugnet Endemann[2]) den Charakter der Züchtigung als körperlicher Mißhandlung, Sofern sich die Züchtigungshandlung im Rahmen der Erziehungshilfe hält, sei sie eine „ordnungsgemäße Fürsorgehandlung"[3]). Ferner lehnt er es ab, die „höchst zweckmäßige und zweckentsprechende mäßige Züchtigung" als Mißhandlung anzusehen[4]).

Auf demselben Standpunkt steht Frank[5])[6]).

Dieser Gesichtspunkt der Verneinung der Deliktsbeschreibung ist in ähnlicher Weise für andere Autoren maßgebend gewesen, um für die Straflosigkeit der ärztlichen Operation eintreten zu können. Die Handlungen des Erziehers und des Arztes gehören juristisch eng zusammen.

So versucht Heimberger[7]) eine deductio ad absurdum mit den Worten: „Bei einer Staroperation durchtrennt der Arzt die Hornhaut — Gesundheitsbeschädigung —, dann spaltet er die Linsenkapsel — Gesundheitsbeschädigung —, dann entfernt er die Linse — Gesundheitsbeschädigung —, und schließlich hat der Mensch infolge all der genannten Gesundheitsbeschädigungen das Augenlicht wieder." Geider[8]) sagt dazu, diese Ausführungen hätten den Sprachgebrauch für sich und erschienen aus diesem Grunde bestechend. „Aber der Jurist kann nicht auf den gesellschaftlichen, sondern auf dem juristischen Sprachgebrauch fußen." Der Jurist darf also seine Begriffe nicht aus der allgemeinen Volksanschauung ableiten, sondern muß sich zum Zweck der Begriffsbildung in eine weltferne Gedankenwelt versteigen! Die Folge davon ist, daß die gesuchtesten, für besonders gelagerte Fälle hilfeversagenden Konstruk-

[1]) S. 244.
[2]) Entscheidung v. 4. 10. 1922, in J.W. 1924, 1788.
[3]) Vgl. ferner „Zivilcourage", S. 59, 42, 53.
[4]) J.W. 1927, 2038.
[5]) Vorbemerkung zum 17. Abschnitt II, 1.
[6]) Vgl. auch OLG. Urteil Posen vom 2. 4. 1904 in Pos. M.Schr. 19, S. 51: „Die Züchtigung ist straflos, wenn sie in erzieherischer Absicht vorgenommen ist."
[7]) II, V.D.A. IV, S. 240. [8]) S. 20.

tionen angewandt werden müssen. „Die Gefahr, daß bei diesem unter die Erde-Schaffen einer bejahten Tatbestandsmäßigkeit (durch Rechtfertigungsgründe), außer den beteiligten Begriffen auch wirkliche Lebewesen von Fleisch und Blut in Mitleidenschaft gezogen werden, bleibt unberücksichtigt. Leidtragende im wahrsten Sinne des Wortes“[1])[2]). Der einfache Mann aus dem Volke muß geradezu vor derartiger juristischen Großartigkeit erschauern. Manchmal scheint es, als ob die Autoren über die einfachen und natürlichen, dem menschlichen Empfinden entsprechenden Grundlagen der Jurisprudenz einfach hinweggehen, nur um die juristische Lehre durch gesuchteste Konstruktionen mit schwerem Ballast anzuhäufen, mit der Folge, daß dann die zweifelhaftesten Ergebnisse herauskommen, die mit der moralischen und sittlichen Bewertung der Handlungen nichts zu tun haben.

In diesem Zusammenhang noch ein Wort Kahls[3]). Er bestreitet, daß den ärztlichen Operationen jedes rechtliche Merkmal fehlt, das diese Handlungen zur Körperverletzung stempeln könnte. Äußerlich sehen Operation und Körperverletzung natürlich verteufelt ähnlich. Das gleiche ist aber auch bei der Unterschlagung der Fall. Wenn einer eine in seinem Gewahrsam befindliche Sache einsteckt, um sie zu behalten, so kommt es nur darauf an, ob die Sache eine eigene oder eine fremde ist. Äußerlich ist der Vorgang ganz gleich. Kahl führt weiterhin aus, daß es auf innere Qualitäten ankommt. Die Operation ist keine Körperverletzung, weil sie mit der subjektiven Absicht und dem objektiven Zweck der Heilung vorgenommen wird. Das gleiche gilt von der Züchtigung. Es fehlt an Körperverletzung schon deshalb, weil in beiden Fällen weder „Mißhandlung“ noch „Gesundheitsbeschädigung“ im Sinne des Strafgesetzbuches vorliegt. „Der Unverstand ist der, daß man Körperverletzung und jede Verletzung des Körpers miteinander verwechselt. Beide Tatbestände sind aber durch eine himmelweite Kluft voneinander getrennt. Natürlich geht es bei keiner Operation und Züchtigung ohne Verletzung des Körpers ab. Aber zum Unterschied von Körperverletzung ist diese nicht Mißhandlung, sondern Behandlung. Mißhandeln heißt in der Richtung auf den Körper gegen die festgesetzte Ordnung handeln. Ärztlich behandeln heißt in der Richtung auf den Körper eine zweck- und ordnungsgemäße Handlung vornehmen. Der Erzieher mißhandelt, wenn er den Zögling über das zulässige Maß körperlich angreift, daher Körperverletzung. Er behandelt erzieherisch, wenn er in den Schranken der Ordnung ihn mit dem Stock auf den von der Natur dazu bestimmten Körperteil traktiert.“ Es kommt auf den Enderfolg an, nicht auf die Zwischenerfolge. — Aus diesen Sätzen ergibt sich mit aller Klarheit und Unangreifbarkeit, daß eine ordnungsgemäße Züchtigung niemals unter den strafrechtlichen Begriff Körperverletzung zu subsummieren ist.

[1]) Endemann, S. 59.

[2]) Vgl. dazu auch Voltz, der am Schlusse seiner Abhandl. zu dem Ergebnis kommt, daß keiner der zahlreich gemachten Versuche zum Ziele führt. Er lehnt alle Konstruktionen ab, überläßt die Frage der Theorie und Rechtsprechung, ohne selbst einen Ausweg zu weisen.

[3]) Z. 29, S. 368.

Ebermayer[1]) leugnet gleichfalls die Tatbestandsmäßigkeit der ärztlichen Operation. Er beruft sich zur Stützung seiner Ansicht auf den österreichischen Entwurf und den Entwurf E 19, die beide die gegen den Willen des Kranken erfolgte Heilbehandlung in § 313 als Spezialdelikt der eigenmächtigen ärztlichen Behandlung unter den Delikten gegen die persönliche Freiheit anführen und damit zugleich zum Ausdruck bringen, daß eine Heilbehandlung, die nicht gegen den Willen des Kranken erfolgt, nicht als vorsätzliche Körperverletzung strafbar ist. Ebenso erklärt der amtliche Entwurf in § 238 ausdrücklich, daß Eingriffe und Behandlungsweisen, die der Übung eines gewissenhaften Arztes entsprechen, keine Körperverletzung oder Mißhandlung im Sinne des Gesetzes sind.

Sonderbarerweise nimmt Ebermeyer zu der Frage der Züchtigung durch fremde Personen keine eigene Stellung; er gibt in seinem Kommentar lediglich die verschiedenen Konstruktionsversuche der Straffreiheit des Züchtigenden wieder. Dies dürfte wohl ein Übersehen sein. Bei folgerichtiger Durchführung seiner Gedankengänge würde er auch zur Ablehnung der Erfüllung des gesetzlichen Tatbestandes durch die Züchtigung kommen.

Seltsam ist Heimbergers Ansicht[2]). Er tritt der Erfassung des ärztlichen Eingriffs als körperlicher Mißhandlung oder als Gesundheitsbeschädigung entgegen, will aber die Züchtigung anders beurteilt wissen.

„Beim ärztlichen Handeln erfordert der Körperzustand des Kranken den Eingriff; dieser ist dem Körper selbst angemessen und daher keine Mißhandlung. Ganz anders dagegen bei der Züchtigung; sie ist eine dem Körper des Gezüchtigten unangemessene Behandlung. Der Körperzustand des Gezüchtigten wird durch dieselbe in der Regel sehr ungünstig beeinflußt und erfordert sie durchaus nicht. Angemessen mag die Behandlung für den moralischen Zustand des Gezüchtigten sein. Aber dadurch verliert sie noch nicht ihre Unangemessenheit für den körperlichen Zustand."

Diese Sätze erscheinen zunächst als richtig, erweisen sich aber bei näherer Betrachtung als engherzig und sind angreifbar. Gewiß ist nicht die körperliche Seite des Straßenbuben in Unordnung geraten und behandlungsbedürftig, sondern die moralische. Um aber auf die moralische Seite zu Erziehungszwecken mit Erfolg einzuwirken, ist eine äußere Behandlung des Körpers unumgänglich. Man kann Heimberger mit seinen eigenen Worten schlagen: „Auf den Enderfolg kommt es an, nicht auf die Zwischenerfolge. Doch Scherz beiseite! Ich wollte nur zeigen, zu welch absonderlichen Konsequenzen es führt, wenn man einen Vorgang, der seiner Natur nach als ein Ganzes betrachtet werden muß, in seine einzelnen Teile zerlegen und jeden für sich außer Zusammenhang beurteilen will", so ruft Heimberger aus[3]), nachdem er die gegnerische Meinung von v. Lilienthal durch einige krasse Beispiele abgetan zu

[1]) § 223, 10, S. 663; ferner L.Z. 1914, 1079.
[2]) Strafrecht und Medizin, S. 41, 42.
[3]) S. 47.

haben glaubt. Alles, was er v. Lilienthal vorhält, paßt auch zur Widerlegung seiner Ansicht über die Tatbestandsmäßigkeit der Züchtigung.

Weiterhin ist Heimberger durch das Gesetz selbst entgegenzutreten. Er verliert bei seinen Ausführungen merkwürdigerweise den bestimmten Zentralpunkt aus den Augen. Es ist richtig von ihm anerkannt, daß die Silbe „miß" soviel wie „unangemessen" bedeutet. Aber nun unterläuft ihm der Fehler, der sich vermeiden läßt, schon wenn man den Gesetzestext genauer liest. In § 223 ist als Mißhandlungsobjekt nicht etwa der Körper, der Leib, genannt, sondern es heißt: wer einen anderen mißhandelt. Und zur näheren Erläuterung der Art und Weise der Mißhandlung ist weiter angegeben, daß diese sich auf den Körper beziehen soll. Es wird gemißhandelt nicht der Körper, sondern der Mensch als Persönlichkeit, als Gesamtindividualismus. Das ist die ratio legis und ergibt sich zweifellos schon aus einer aufmerksamen Betrachtung des gesetzlichen Wortlauts.

Gegen die Heranziehung von Zweck und Absicht des Täters bei der Prüfung des objektiven Sachverhalts ist Widerspruch erhoben worden. Bohne[1]) hält es für falsch (mit der herrschenden Meinung?), daß in die Definition des objektiven Tatbestandes ein subjektives Moment hineingetragen wird, dadurch, daß man behauptet, die Angemessenheit der Züchtigungshandlung beseitige deren Körperverletzungscharakter. „Die Tat ist nur nach ihren äußeren Erscheinungen zu beurteilen."

Dem treten wir entgegen. Manche objektiven Tatbestände tragen ihrer Natur nach ein subjektives Moment in sich. Einige Beispiele werden dies zeigen.

§ 183 StGB bedroht denjenigen, welcher durch eine unzüchtige Handlung öffentlich ein Ärgernis gibt. Zum objektiven Tatbestand gehört hier eine „unzüchtige" Handlung. Der Begriff der Unzucht ist aber ein subjektiver, der mit den Zeiten und den Anschauungen des Volks stets wechselt. Wenn „unzüchtig" begrifflich erläutert wird als dem „sittlichen Anstand in geschlechtlicher Beziehung widersprechend", so ist auch hier in der Definition der objektiven Tatbestandsmerkmale ein subjektives Moment enthalten. Denn, was unter „sittlichem Anstand" zu verstehen ist, hängt von subjektiven Anschauungen einzelner oder der Mehrheit der Volksgenossen ab.

Ebenso § 182. Dieser Paragraph bedroht den Verführer eines noch nicht 16jährigen unbescholtenen Mädchens. Zum objektiven Tatbestand gehört „Unbescholtenheit". Diese ist nun nicht etwa gleichbedeutend mit Jungfräulichkeit, sondern es ist zur Erkennung auf diesen Begriff eine auf Wahrung der geschlechtlichen Reinheit gerichtete Gesinnung und ein dieser Gesinnung entsprechender Lebenswandel zu fordern[2]).

Weiter spricht § 166 von Gotteslästerung. Der Gottesbegriff ist durchaus kein feststehender. Nicht einmal innerhalb der christlichen Kirche. Und was beschimpfende Äußerungen sind, ist mehr als bestritten, da es sich einfach nicht objektiv definieren läßt, sondern da stets subjektive Anschauungen der betreffenden mit hereinspielen.

[1]) S. 28ff.

[2]) Liszt, S. 549.

Zum Schlusse sei noch auf § 193 hingewiesen.

In all diesen Fällen kann doch ernstlich davon keine Rede sein, daß ein Fehler gemacht wird, wenn zur Feststellung des objektiven Tatbestandes die einfach unentbehrlichen subjektiven Momente herangezogen werden. Bohne ist zu erwidern, daß er schwerlich der herrschenden Meinung Ausdruck gibt. Einen Nachweis für diese seine Behauptung durch Literaturangaben bleibt er schuldig. Im Gegenteil ist festzustellen, daß nahezu alle Schriftsteller körperliche Mißhandlung definieren als ein unangemessenes, übles, falsches Behandeln[1]). Und der Begriff Unangemessenheit trägt ebenfalls einen subjektiven Charakter, das wird wohl Bohne selbst zugeben müssen. Was einem flegelhaften Gassenbuben gegenüber angemessen ist, darüber wechseln im Laufe der Zeiten die Anschauungen sehr und sind selbst in den verschiedensten Volksschichten nicht einheitlich. Damit ist dargetan, daß die Hereinziehung des seitens des Züchtigenden verfolgten Zweckes in die Entscheidung der Frage, ob Körperverletzung vorliegt oder nicht, zu Recht erfolgt.

Der Einwand, der sich in RGEntscheidung 25, 378 findet, kann uns nicht treffen. Denn wenn sich das Reichsgericht dort dagegen verwahrt, „den Zweck oder gar den Erfolg der Körperverletzung", die sich dem Verletzten als heilsam herausstellten, heranzuziehen und daraus die Rechtswidrigkeit zu leugnen, so muß hervorgehoben werden, daß es sich hier nicht um die Frage der Rechtswidrigkeit, sondern um die Frage der Erfüllung des gesetzlichen Tatbestandes handelt.

Das Ergebnis der Arbeit ist dahin festzustellen, daß die Züchtigung eines sich zuchtlos benehmenden Unerwachsenen durch einen erwachsenen Staatsbürger durch das geltende Recht nicht mit Strafe bedroht ist. Die mäßige Züchtigungshandlung stellt keine Tatbestandsverwirklichung dar. Die versuchte Konstruktion besitzt bei Anwendbarkeit auf alle noch so eigenartig gelagerten Fälle den Vorteil der Einfachheit. Die Lösung entspricht der Interessenlage und steht mit dem natürlichen Rechtsgefühl und Rechtsempfinden des Volkes im vollen Einklang.

[1]) Vgl. S. 59, Anm. 1.

Schrifttum.

Ahlers, Das Recht zur Zßchtigung fremder Kinder. G.S. Bd. 84, S. 236.
Ahrens, Die Geschäfsführung ohne Auftrag als Strafausschließungsgrund.
Allfeld, Lehrbuch des deutschen Strafrechts. 8. Aufl., 1922.
Diss. Göttingen 1909.
Anschütz, Die Verfassung des Deutschen Reiches. 1930.
v. Bar, Gesetz und Schuld im Strafrecht. Bd. 3. 1909.
Binding, I. Handbuch des Strafrechts. 1885. II. Grundriß des deutschen Strafrechts. Allgem. Teil 1907.
Brinkmann, Das Züchtigungsrecht und die widerrechtliche Ausübung desselben. Diss. Heidelberg 1912.
Brügmann, Ist die Züchtigung fremder Kinder widerrechtlich und strafbar? Diss. Greifswald 1922.
Buchmann, Züchtigung fremder Kinder. Recht 1913.
Crome, System des deutschen bürgerlichen Rechts. Bd. 2, 1902.
Delius, Das Züchtigungsrecht gegenüber fremden Kindern, insbesondere während des Krieges. Gesetz und Recht, H. 7.
v. Dohna, I. Die Rechtswidrigkeit. 1905. II. Recht und Irrtum. 1925.
Donner, Das Züchtigungsrecht gegenüber fremden Kindern. Diss. Königsberg 1925.
Eckstein, Die Züchtigung fremder Kinder in strafrechtlicher Beziehung. G.A. Bd. 56, S. 281.
Endemann, I. Zivilcourage und Strafrecht. 1925. II. Juristische Wochenschau 1924, S. 1788; Juristische Wochenschau 1927, S. 2038.
Enneccerus, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts. I, 2; II, 2, 1928.
Esch, Die Züchtigung fremder Kinder. Diss. Köln 1924.
Finger, Das Züchtigungsrecht und dessen Mißbrauch. Jur. Blätter 1888.
Fischer, A. H., Die Rechtswidrigkeit mit besonderer Berücksichtigung des Privatrechts. 1911.
Fuchs, Strafgesetz und Rechtswidrigkeit. Mon.Schrift für Kriminalphychologie, Bd. 10.
Geider, Die Strafbarkeit des Erwachsenen bei Züchtigung des ungezogenen Jugendlichen. Diss. Tübingen 1917.
Gerland, I. Deutsches Reichsstrafrecht. 1922. II. Selbstverletzung und Verletzung des Einwilligenden. V.D.A. II.
Gilbert, Über das Züchtigungsrecht, insbesondere das der Lehrer, in Sachsen. Fischers Zeitschr. f. Praxis u. Gesetzgebg. d. Verwaltg. Bd. 33.
Giese, Die Verfassung des Deutschen Reiches. 1931.
Holstein, Elternrecht, Reichsverfassung und Schulverwaltungssystem. Arch. f. öffentl. Recht, Bd. 12, S. 237.
Hofacker, Zur Züchtigung fremder Kinder. Bd. 50, S. 708.
Hahne, Das Züchtigungsrecht gegenüber fremden Kindern. Recht 1916. S. 68.
Havenstein, Das Züchtigungsrecht der Lehrer. G.A. Bd. 51, S. 242.
Hellwig, I. Der Krieg und die Kriminalität der Jugend. 1916. II. Kriminalität der Jugendlichen in Dresden unter Einfluß des Krieges. Ann. d. Deutsch. Rechts 49.
Hegler, Die Merkmale des Verbrechens. Bd. 36, S. 19.
Hedemann, Moderne Bürgerpflichten. 1907.
Heimberger, I. Zur Lehre vom Ausschluß der Rechtswidrigkeit, Festschr. f. die jur. Fak. d. Univ. Gießen 1907. II. Berufsrechte und verwandte Fälle. V.D.A. IV. III. Strafrecht und Medizin. 1899.
Honig, Die Einwilligung des Verletzten. 1919.
Hubrich, Das Züchtigungsrecht in seiner strafrechtlichen Bedeutung. G.S. Bd. 46, S. 161.

Kahl, Der Arzt im Strafrecht. Bd. 29, S. 351.
Kaufmann, E., Das Züchtigungsrecht Erwachsener gegenüber fremden Kindern. Diss. Marburg 1929.
Kaufmann, J., Das Züchtigungsrecht der Eltern und Erzieher. Diss. Zürich 1910.
Kiehl, Die Einwilligung des Minderjährigen nach dem geltenden Strafrecht. G.A. Bd. 54, S. 357.
Klein, Das Recht der Züchtigung fremder Kinder. Seuff. Blätter, Bd. 78, S. 207.
Kleinfeller, Die Anreizung des Täters durch den Angegriffenen. G.A. Bd. 64, S. 193.
Klee, Selbstverletzung und Verletzung des Einwilligenden. G.A. Bd. 48, S. 177.
Kohler, Die Menschenhilfe im Privatrecht. Ihering. Jahrb. Bd. 25, S. 1.
Köhler, August, Deutsches Strafrecht. Allgemeiner Teil. 1917.
Köllner, Das Recht zur Züchtigung fremder Kinder. Diss. Breslau 1924.
Kulemann, Selbsthilfe. Z. 11.
v. Lilienthal, Die pflichtmäßige ärztliche Handlung und das Strafrecht. Festg. d. Heidelberger Jur. Fakultät für E. J. Bekker, 1899.
v. Liszt, I. Lehrbuch des deutschen Strafrechts. 25. Aufl., 1927. II. Der Krieg und die Kriminalität der Jugend. Z. 37.
Mayer, M. E. Der allgemeine Teil des deutschen Strafrechts. 1915.
Manigk, Willenserklärung und Willensgeschäft. 1907.
Merkel, Adolf, Lehrbuch des deutschen Strafrechts. 1889.
Mezger, I. Strafrecht. 1931. II. Die subjektiven Unrechtselemente. G.S. Bd. 89, S. 207.
Mittmaier, Über den Begriff des Verbrechens. Z. 44.
Nagler, Der heutige Stand der Lehre von der Rechtswidrigkeit. Festschr. f. Binding II, 1911.
Oertmann, Kommentar. Schuldverhältnisse 1928.
Oetker, Züchtigung jugendlicher Ungebühr durch Dritte. G.S. Bd. 87, S. 419.
— Notwehr und Notstand. V.D.A. Bd. 2.
Poetzsch-Heffter, Handkommentar der Reichsverfassung 1928.
Rosenberg, Gerichtssaal 62.
Sauer, I. Grundlagen des Strafrechts. 1921. II. Gesetz und Rechtsgefühl. Z. 33.
Schäffer, Das Züchtigungsrecht. Diss. Breslau 1908.
Schultz, Der strafrechtliche Schutz des Kindes. Diss. Heidelberg 1908.
Schwarze, I. Das Züchtigungsrecht des Lehrers und das Strafgesetzbuch. G.S. 29. II. Kommentar zum Strafgesetzbuch. 1884.
Schwarz, Das Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich, mit Kommentar. 1914.
Rotering, Das abgeleitete Züchtigungsrecht. Arch. f. Kriminalanthropologie und Kriminalistik. Bd. 63.
Wachenfeld, Lehrbuch des Strafrechts. 1914.
Schoetensack, Die Arten der Rechtssätze. G.S., Bd. 83, S. 1.
Voltz, Die Züchtigung fremder Kinder und die Versuche ihrer Rechtfertigung. Bd. 50, S. 339.
Zitelmann, Ausschluß der Rechtswidrigkeit. Arch. 99, S. 1.

Das Bürgerliche Gesetzbuch mit besonderer Berücksichtigung der Rechtsprechung des Reichsgerichts, erläutert von den Reichsgerichtsräten. RRK. 6. Aufl. 1928.
Ebermayer, Lobe usw., Das Reichsstrafgesetzbuch mit besonderer Berücksichtigung der Rechtsprechung des Reichsgerichts. Lz.K. 4. Aufl., 1929.
Frank, Das Strafgesetzbuch. 18. Aufl., 1931.
Oertmann, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch. 5. Aufl., 1928.
Olshausen, Kommentar zum Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich. 11. Aufl., 1927.
Plank, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch. 4. Aufl., 1928.
Staudinger, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch. 9. Aufl., 1928.

Abkürzungen.

Arch. = Archiv für zivilistische Praxis.
D.J.Z. = Deutsche Juristen-Zeitung.
D.St.Z. = Deutsche Strafrechts-Zeitung.
G.A. = Goltdammers Archiv.
G.S. = Gerichtssaal.
Gruch. = Gruchot Beiträge zur Erläuterung des deutschen Rechts.
Iher. Jahrb. = Jahrbücher für Dogmatik des römischen und deutschen Privatrechts.
J.W. = Juristische Wochenschrift.
L.Z. = Leipziger Zeitschrift für deutsches Recht.
Z. = Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft.
R.G. = Entscheidungen des Reichsgerichts in Strafsachen.
H.R.R. = Höchstrichterliche Rechtsprechung.
O.L.G. = Rechtsprechung der Oberlandesgerichte.
Warn. Jahrb. = Warneyers Jahrbuch der Entscheidungen.

Lebenslauf.

Ich bin am 10. März 1908 in Straßburg i. Elsaß als Sohn des damaligen Stationsdiätars, jetzigen Bahnhofsoberinspektors, Franz Hartmann und seiner Ehefrau Camilla, geb. Eulen geboren.

Von 1914—1919 besuchte ich die Oberrealschule zu Metz, von 1919 bis 1922 das Reformrealgymnasium zu Bitterfeld, von 1922—1923 das Reformrealgymnasium zu Halle (Saale) und von 1923—1927 das Reformrealgymnasium zu Senftenberg (Lausitz), wo ich das Zeugnis der Reife erlangte.

In den Jahren 1927—1929 studierte ich in Tübingen Rechts- und Staatswissenschaft, setzte meine Studien von 1929—1930 in Berlin fort und beendete sie von 1930—1931 in Halle (Saale). Am 22. Juni 1931 bestand ich die erste juristische Prüfung beim Oberlandesgericht Naumburg a. Saale, und am 4. November 1931 unterzog ich mich mit Erfolg der mündlichen Doktorprüfung in Tübingen.

Ich möchte nicht verfehlen, Herrn Professor Schoetensack für die vielfachen Anregungen und die jederzeit gütigst gewährte Hilfe an dieser Stelle meinen verbindlichsten Dank auszudrücken.

Z. Zt. befinde ich mich im Vorbereitungsdienst am Amtsgericht Delitzsch.